PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FELIX MAGNO VON DÖLLINGER

A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NA CONTEMPORANEIDADE: A INTERVENÇÃO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO A PARTIR DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Belo Horizonte
2018

FELIX MAGNO VON DÖLLINGER

A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NA CONTEMPORANEIDADE: A INTERVENÇÃO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO A PARTIR DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, linha de pesquisa O Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Penal.

Área de concentração: Direito Público
Orientador: Professor Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Belo Horizonte

2018

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Döllinger, Felix Magno Von
D665f A função do direito penal na contemporaneidade: a intervenção penal na sociedade do risco a partir da teoria do bem jurídico / Felix Magno Von Döllinger. Belo Horizonte, 2018.
332 f.

Orientador: Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito penal - Legislação - Brasil. 2. Bem jurídico. 3. Estado democrático de direito. 4. Direitos fundamentais. 5. Direitos Humanos. 6. Legitimidade (Direito). I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

FELIX MAGNO VON DÖLLINGER

A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NA CONTEMPORANEIDADE: A INTERVENÇÃO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO A PARTIR DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, linha de pesquisa O Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Penal.

_____

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (Orientador) – PUC MINAS

_____

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen – PUC MINAS

_____

Profa. Dr. Henrique Viana Pereira– PUC MINAS

_____

Profa. Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

_____

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero– UFMG

Belo Horizonte, 06 agosto de 2018

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida.

A minha família, pelo carinho e amor.

Aos Professores Cláudio Brandão

e a Guilherme Colen pelo apoio e incentivo.

"*Poderia até acontecer precisamente o contrário e verificar-se que o desenvolvimento do Direito Penal está destinado a dar-se, um dia, para além do próprio Direito Penal.Nesse dia, sua verdadeira reforma virá a consistir, não tanto na criação de um Direito Penal melhor do que o actual, mas na dum direito de melhoria e conservação da sociedade-alguma coisa de melhor que o Direito Penal e simultaneamente de mais inteligente e mais humano do que ele*".
(Gustav Radbruch, 1947

RESUMO

A presente tese tem por objetivos investigar a função do Direito Penal nas sociedades contemporâneas e a capacidade da teoria do bem jurídico em limitar e exercer um filtro de controle do poder punitivo estatal. Foi utilizado o método dedutivo, por meio do qual foi realizada uma pesquisa histórica do bem jurídico-penal e da sociedade do risco, com uma revisão da literatura e jurisprudências sobre o tema. Com efeito, a história mostra que o Direito Penal sempre foi atrelado à ideia de castigo em virtude de comportamentos que por diversos motivos pudessem ser contrários a certos valores em voga em determinada sociedade: tabus, religião, o poder do soberano etc. Existe nesse ponto uma inevitável manifestação de violência, que impele à necessidade de aprofundamento do estudo das funções e do meio de limitar o Direito Penal. Com o avanço econômico e tecnológico das sociedades contemporâneas, houve uma expansão do Direito Penal, chamado em primeiro plano para a contenção de diversos riscos imprevisíveis, incontroláveis e de difícil mensuração, agora criados pela mão humana, em contraste com aqueles criados pela natureza. Nessa esteira, diversos autores entendem estar comprometido o rendimento do bem jurídico penal como fator de interpretação e controle do *jus puniendi*, uma vez que a base de formação dessa teoria é de índole liberal e, portanto, seria inadequada ou incapaz de responder às novas demandas sociais em áreas como meio ambiente e sistema econômico. Esse é o desafio: compreender o Direito Penal voltado para a proteção de bens jurídicos em tempos em que os valores sociais tidos como os mais importantes se encontram espiritualizados, tudo dentro do contexto de respeito aos direitos fundamentais do indivíduo no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Função do Direito Penal. Proteção de bens jurídicos. Limitação do poder punitivo estatal. Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to investigate the role of criminal law in contemporary societies and the capacity of legal theory to limit and exercise a filter of control of state punitive power. The deductive method will be used, through which a historical research of the criminal legal good and the society of risk will be carried out, with a review of the literature and jurisprudence on the subject. Indeed, history shows that criminal law has always been linked to the idea of punishment by virtue of behaviors that for various reasons could be contrary to certain values in vogue in a certain society: taboos, religion, the power of the sovereign, and so on. There is an inevitable manifestation of violence, which impels the need to deepen the study of the functions and means of limiting criminal law. With the economic and technological advancement of contemporary societies, there was an expansion of Criminal Law, called in the foreground to contain several unpredictable, uncontrollable and difficult to measure risks, now created by the human hand, in contrast to those created by nature. In this vein, several authors believe that the performance of the criminal legal good as a factor of interpretation and control of jus puniendi is compromised, since the basis of formation of this theory is liberal and therefore would be inadequate or unable to respond to new demands in areas such as the environment and the economic system. This is the challenge: to understand the criminal law aimed at the protection of juridical goods in times when the social values considered as the most important are spiritualized, all within the context of respect for the fundamental rights of the individual in the democratic State of law.

Keywords: Role of Criminal Law. Protection of legal rights. Limitation of state punitive power. Democratic state. Fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....13

CAPÍTULO I DIREITO PENAL, BEM JURÍDICO E SOCIEDADE DO RISCO...19

1.1 A modernização reflexiva: uma explicação prévia.....19

1.2 Aspectos gerais da sociedade do risco.....25

1.3 Direito Penal do risco na sociedade pós-moderna.....41

1.3.1 Aspectos políticos criminais da sociedade do risco.....47

1.3.2 Direito Penal do risco e crimes de perigo.....52

1.3.3 A busca da segurança por meio do Direito Penal.....56

1.4 Direito Penal e criminalidade de massas.....62

1.5 O risco permitido e o risco habitual na sociedade do risco.....63

1.5.1 Natureza jurídica do risco permitido.....69

1.6 Crimes omissivos e culposos na sociedade do risco.....71

1.7 Bem jurídico e sociedade do risco.....74

1.7.1 Sociedade multicultural, intercultural e bem jurídico.....75

1.7.2 Bens jurídicos culturais individuais e coletivos.....78

1.7.2.1 Bens jurídicos e sentimentos coletivos.....79

1.7.2.2 Bem jurídico nos casos de apologia a fatos criminosos.....82

1.7.3 Direito Penal mínimo dos bens jurídicos coletivos.....85

1.7.3.1 Limitações aos bens jurídicos coletivos penais.....92

CAPÍTULO II BEM JURÍDICO PENAL: DELINEAMENTO TERMINOLÓGICO E EVOLUÇÃO DO CONCEITO FACE À CIÊNCIA PENAL.....97

2.1 Delineamento terminológico acerca do conceito de bem jurídico.....97

2.2 A relação entre bem e bem jurídico.....98

2.3 Bem jurídico e interesse.....99

2.4 Diferença entre objeto material sobre o qual recai a ação e objeto de tutela penal: a questão do objeto da ação.....99

2.5 Objeto de proteção e objeto de ataque.....102

2.6 Objeto do bem jurídico.....105

2.7 Evolução do conceito de bem jurídico de acordo com as teorias do crime.....106

***2.7.1 A teoria de lesão a direito subjetivo de Von Feurbach*.....109**
***2.7.2 A idealização do conceito de bem jurídico por Birnbaum*.....110**
***2.7.3 O Positivismo normativo de Binding*.....112**
***2.7.4 O positivismo naturalista de Von Liszt*.....114**
***2.7.5 O neokantismo e sua reação ao positivismo*.....116**
***2.7.6 O pensamento finalista*.....118**
***2.7.7 Pensamento pós-finalista*.....123**
***2.7.8 Teorias do bem jurídico fundadas na Sociologia (Funcionalismo e Interacionismo)* 124**
2.7.8.1 O Interacionismo social.....125
2.7.8.2 O Funcionalismo 126
2.8 Teoria social mista 130
2.9 Teorias do bem jurídico de base constitucional.....132
2.10 Conteúdo material e funções do bem jurídico.....137
2.11 Injusto penal e bem jurídico.....141
***2.11.1 Função axiológica do bem jurídico*.....143**
***2.11.2 Função sistemática do bem jurídico*.....145**
***2.11.3 Função exegética do bem jurídico*.....146**

CAPÍTULO III DIREITOS HUMANOS, BEM JURÍDICO E DIREITO PENAL.149
3.1 Direito natural, dignidade da pessoa humana.....149
3.2 Normas internacionais e dever de incriminar.....152
3.3 Conceito de direitos humanos.....154
3.4 Função e fundamento dos direitos humanos no Estado democrático.....156
***3.4.1. Função dos direitos humanos*.....156**
***3.4.2 Fundamentação dos direitos humanos*.....157**
3.4.2.1 Fundamento filosófico.....159
3.4.2.2 Fundamentação positivista.....159
3.4.2.3 Fundamento sociológico.....160
3.5 Proteção penal da dignidade da pessoa humana.....163
***3.5.1 Natureza e titularidade da dignidade*.....164**

CAPÍTULO IV OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS COMO PARÂMETRO DE INTERPRETAÇÃO DO BEM JURÍDICO PENAL.....171
4.1 Neoconstitucionalismo e bem jurídico.....171
4.2 Bem jurídico penal e Constituição.....177
4.3 Princípios constitucionais penais e bem jurídico.....186
***4.3.1 Princípios constitucionais como fonte de interpretação do bem jurídico*.....187**
***4.3.2 Proporcionalidade*.....188**
4.3.2.1 Subprincipios da proporcionalidade.....189
4.3.2.1.1 Idoneidade.....189
4.3.2.1.2 Necessidade.....190
4.3.2.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito.....191
4.3.3 Proteção exclusiva de bens jurídicos e segurança jurídica.....194
***4.3.4 Intervenção mínima e fragmentariedade*.....199**
***4.3.5 Adequação social*.....202**
***4.3.6 Insignificância*.....205**
***4.3.7 Princípio da humanidade*.....207**
***4.3.8 Culpabilidade*.....209**
***4.3.9 Princípio da proibição do excesso*.....212**
4.4 Constitucionalidade dos tipos penais que protegem bens jurídicos de natureza coletiva.....212
4.5 Constitucionalidade dos tipos penais de perigo abstrato.....217

CAPÍTULO V A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A CRISE DO BEM JURÍDICO.....221
5.1 A crise do bem jurídico.....221
***5.1.1 Crítica à função do bem jurídico como limitador da função punitiva estatal*.....227**
5.2 Fundamentos da intervenção penal.....230
***5.2.1 Teoria retribucionista*.....233**
***5.2.2 Teoria da prevenção geral (teoria relativa)* 235**
5.2.2.1 Prevenção geral negativa.....236
5.2.2.2 Prevenção geral positiva.....238
***5.2.3 Prevenção especial*.....240**

5.2.4 Exclusiva proteção de bens jurídicos.....241
5.2.5 Teorias unificadas da pena.....242
5.3 Causas da expansão do Direito Penal.....243
5.4 O Direito Penal do inimigo.....249
5.5 Crise do Direito Penal.....254
5.5.1 *Causas da desligitimação do Direito Penal*.....257
5.6 Globalização e Direito Penal.....262
5.7 Bens jurídicos e delitos de obstáculo.....265

CAPÍTULO VI DELIMITAÇÃO DAS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS.....269
6.1 Critérios de escolha legislativa para proteção penal: o que pode ou não ser considerado bem jurídico.....269
6.2 Determinações constitucionais expressas e implícitas de proteção de bens jurídicos por meio do Direito Penal.....273
6.3 Direitos fundamentais, comandos constitucionais e bem jurídico.....280
6.3.1 Os direitos humanos como fonte limitadora do Direito Penal.....284
6.4 Controle constitucional do que não se deve proteger por meio do Direito Penal.....289
6.5 O bem jurídico como referência garantista: razões para a permanência do bem jurídico como critério limitador do Direito Penal.....290
6.6 Perspectivas para um Direito Penal democrático e racional.....294
6.6.1 Propostas em face da deslegitimação do Direito Penal.....297
6.7 Direito Penal, controle social e bem jurídico.....300
6.8 Funções do Direito Penal.....302
6.8.1 A função simbólica da pena.....305
6.8.2 Satisfação de necessidades psicológicas sociais.....305
6.8.3 A função de repressão e prevenção especial negativa.....306

CONCLUSÕES.....307

REFERÊNCIAS.....314

INTRODUÇÃO

A ideia de um poder punitivo do homem subjugando seu semelhante não é recente, nem originária dos Estados modernos. Em verdade, a noção de um poder punitivo sempre foi constante na história da humanidade, desde os homens primitivos[1], com sua crença em tabus e receios de ofender as divindades. Por isso, sempre existiu um interesse a ser tutelado desde as mais antigas sociedades, que no começo eram as tradições e costumes, obedecidos cegamente pelos "selvagens"[2]: esses poderiam ser descritos como os primeiros bens jurídicos penais, em termos atuais.

À medida em que as sociedades se tornam mais complexas em suas relações, o poder se torna mais organizado (com o objetivo de garantir estabilidade ao grupo social) e os interesses se tornam mais variados com o aumento das necessidades dos indivíduos. Não havia uma nítida separação entre o poder punitivo e as normas de ordem religiosa, moral. Só a partir do século XVI, a ciência do Direito Penal começou a se separar do Direito Canônico e do Civil.

O Iluminismo do final do século XVIII e início do XIX prega a ideia de Constituição e, com esta, a necessidade de organizar e controlar o poder do Estado, o qual somente deveria intervir nas relações privadas para manter a paz social. Nasce então, influenciada pelo método das ciências naturais e pelo ideal liberal, a busca pelo método da ciência penal que desenvolverá mais à frente o conceito tripartido de crime. Nesse momento começa a se desenhar, também, uma forma sistemática de conceito (inicialmente formal) de bem jurídico ao lado do princípio da legalidade[3].

---

[1] *Esta consideración retributiva actual, en este mundo y no en el otro, descubre el paso del tabú religioso y mágico, a las prohibiciones civiles, que se realiza paulatinamente no sin que al comienzo se confunda el mandato divino y el estatuto de los hombres*. JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal.*TOMO I. *Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y legislación penal comparada.* 4ª edición actualizada. Buenos Aires: editorial Losada S.A.,1964, p. 241.

[2] MALINOWSKI, Bronislaw. *Crimen y costumbre en la sociedade salvaje.* Barcelona: Planeta De Agostini, 1985, p. 22.

[3] Pode-se citar como exemplo, o fato de que Tiberius Decianus assumiu a Cátedra de Direito Criminal na Universidade de Pádua em 1540[3].BRANDÃO, Cláudio. *Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime*. *DELICTAE*, Vol. 3, No4, Jan.-Jun. 2018, p. 08-09.

Se sob a influência do pensamento liberal, o Direito Penal somente deveria ser acionado para garantir a paz social, fica evidente que interesses e valores a serem protegidos seriam aqueles fundamentais para o desenvolvimento econômico do indivíduo (vida, propriedade, por exemplo). A afirmação de que o Direito Penal existe para a proteção de bens jurídicos é aceita pela doutrina desde que Birnabaum em 1834 escreveu sobre a necessidade de uma lesão de direitos para o conceito de delito. Entretanto, não existe uma unidade quando se deseja entender o que seja "bem jurídico", suas funções, ou em outros termos, o que deve o Direito Penal proteger e aquilo que não deve entrar no âmbito de proteção deste ramo jurídico. Dessa forma, as teorias do crime que foram elaboradas nos séculos XIX e XX desenvolveram, cada qual, um ponto de vista sobre aquilo que entenderam por objeto de tutela do Direito Penal dentro de um processo histórico-dogmático, com amplo desenvolvimento científico.

Entretanto, com a demonstração de que o individualismo exacerbado do liberalismo causou grandes desigualdades econômicas e sociais, entra em cena o Estado social, que ao contrário do anterior (postura negativa), assumiu um protagonismo em ampliar os serviços públicos nas mais diversas áreas sociais (saúde, educação, transportes, segurança, entre outros). Ao aumento do raio de ação estatal também se seguiu o do Direito Penal para garantir o cumprimento das prestações sociais positivas criadas pelo Estado.

À exceção do período do Nacional-Socialismo alemão, em que o Direito Penal era entendido como um ordenamento imanente e realista da vida do povo e o delito era tido como uma rebelião do autor contra a comunidade[4] (*Volksgemeinschaft*), a teoria do bem jurídico se apresentou como um adequado meio para entender o fundamento da antinormatividade penal e, portanto, o conteúdo material do injusto.

Após 1945, o mundo tomou conhecimento dos horrores ocorridos na Segunda Guerra, tornando-se pauta indeclinável das discussões internacionais o respeito aos direitos humanos, que passaram a ser positivados nos textos constitucionais de diversos países envolvidos na conflagração mundial. Segue-se um período de ouro para a economia mundial, que somente veio a ser freado

---

[4] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 172.

com a crise do petróleo na década de 1970, quando as políticas sociais começaram a diminuir e o Direito Penal voltou à cena para a luta contra a criminalidade urbana. Pouco a pouco, os meios de comunicação via satélite tornaram a comunidade internacional mais próxima em diversos setores, tomando força e importância novos interesses que deveriam ser protegidos, como o meio ambiente e a ordem econômica.

O pujante avanço tecnológico também trouxe seus riscos, que agora gerados pela mão humana em grande medida, são imprevisíveis, incontroláveis e de difícil mensuração, como é o caso da energia nuclear. É a chamada sociedade do risco, conforme denominação dada por Ulrich Beck após estudar os impactos sociais do desastre da usina de Chernobyl, em 1986, na Ucrânia.

Essa sociedade do risco é caracterizada por avançado índice de evolução tecnológica nos variados setores da vida: economia, agricultura, medicina, meios de comunicação. O homem desse período vive em uma sociedade em rede, por meio da qual as ideias e as informações são rapidamente difundidas. A interconexão entre mercados econômicos e políticas regionais aumentam, colocando-se em questão a própria noção de soberania. Ao lado de todo esse avanço, o fenômeno da criminalidade assume novos contornos, não só pelas novas formas de ataques a interesses tradicionalmente protegidos pelo Direito, mas também pelo surgimento de novos interesses que passam a ser enxergados como vitais para o desenvolvimento da vida em sociedade.

Interessante notar que, à medida em que ocorria a revolução industrial no mundo capitalista ocidental, os estudos científicos do Direito Penal também avançavam, não só pela influência do método positivista (próprio das ciências naturais), bem como para atender às demandas de uma sociedade que começava a se tornar mais complexa em suas relações com o indivíduo. Diante desse quadro, o Direito Penal é chamado para instrumento de controle da vida social, como *prima ratio*. Exemplo disso é ter-se tornado comum o uso de crimes de perigo, onde o bem ou interesse tutelado sequer é lesionado.

Tem-se nesse aspecto um fenômeno de expansionismo da legislação penal nas sociedades contemporâneas. Em verdade, as sociedades pós-industriais têm deixado ao alvedrio dos legisladores, sem muito questionamento, a tarefa de resolver todos os problemas que afetam os setores da vida pública

ou privada, tarefa essa que o Estado assume para si, e, em momentos de crise, adota medidas que, sob o manto da racionalidade da lei, muitas vezes são de duvidosa adequação aos princípios do Estado Democrático de Direito. As clássicas conquistas do liberalismo são colocadas em xeque, na medida em que propostas de administrativização do Direito Penal, criação de normas de perigo abstrato ou o surgimento de bens jurídicos de natureza coletiva tornam-se cada vez mais frequentes. Atualmente, tem-se verificado que o bem jurídico, antes empregado como referencial para limitação do poder punitivo do Estado, vem sendo utilizado agora como meio de justificação/legitimação de novas leis penais incriminadoras. Considerando que os efeitos da atuação do Direito Penal implicam em limitação de direitos fundamentais, a justificação dessa intervenção não pode ser presumida a partir dos aspectos formais da legislação, nem pode ser resultado de uma atuação política sem limites. A definição de uma conduta como delito deve levar em conta o caráter ofensivo daquela a bens e valores fundamentais ao desenvolvimento do indivíduo.

Surge, assim, o seguinte questionamento: quais são os limites e funções do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, uma vez que esse ramo do Direito vem se afastando do ideal liberal que marcou o final do século XVIII e início do século XIX (proteção de interesses fundamentais como vida, saúde, liberdade)?

Considerando que o Direito Penal deve respeitar direitos fundamentais e tem como função primordial a proteção de bens jurídicos, estes ainda se apresentariam como um referencial seguro para responder aos questionamentos acima firmados no contexto da sociedade do risco.

Desta forma, a tese consiste em promover a vinculação do conceito de bem jurídico aos elementos que compõem a sociedade do risco. Em outras palavras, quais os elementos da sociedade do risco que influenciam na formação do bem jurídico na atualidade, buscando demonstrar que a teoria do bem jurídico ainda é capaz de ser um referencial seguro para definir o que seja injusto penal, estabelecendo limites ao poder punitivo estatal na atualidade?

Ademais, busca identificar e descrever a forma como o bem jurídico é interpretado na sociedade do risco, ou seja, é de capital importância para definir o conteúdo do injusto penal na contemporaneidade. Para tanto, é necessário

descrever a evolução, identificar o conteúdo e indicar a importância da teoria do bem jurídico-penal no Estado Democrático de Direito [5].

Pelo método dedutivo, será realizada uma pesquisa histórica do bem jurídico-penal e da sociedade do risco, com uma revisão da literatura e jurisprudências sobre o tema.

No primeiro capítulo, será analisada a influência da chamada sociedade do risco sobre o Direito Penal e o bem jurídico. Esse modelo de sociedade contemporânea é marcado pela criação de riscos imprevisíveis pela ação humana, com resultados muitas vezes catastróficos e sem possibilidade de controle. Daí a necessidade de um Direito Penal que se adeque aos novos paradigmas de segurança que, à mingua de limitação de consagrados princípios liberais, acaba se tornando um instrumento coadjuvante de normas administrativas.

No capítulo segundo, a evolução, os elementos que compõem o bem jurídico penal, bem como as funções que ele exerce dentro da dogmática jurídico-penal e no terreno político-criminal serão analisadas. A função dogmática é marcada pela função técnica que o bem jurídico desenvolve no injusto penal e em face da culpabilidade. No campo político-criminal, o bem jurídico permite a interpretação da lei penal e delimita o que é ou não proibido (sob pena de sanção penal), definindo os alcances dos tipos penais.

No capítulo terceiro, o conceito, a função e a fundamentação dos direitos humanos apresentam-se como suporte de um Direito Penal de índole democrática, uma vez que, em uma visão antropocentrista, o Estado existe em benefício do indivíduo. O estudo do bem jurídico importa no reconhecimento de um pressuposto básico do Direito Penal, pois este tem por objetivo garantir a proteção dos valores mais importantes para a convivência humana. Um Direito Penal que não gravita em torno de valores fundamentais para o ser humano é materialmente injusto, carecedor de sentido.

No quarto capítulo, será verificada a relação entre bem jurídico penal e Constituição, uma vez que esta deixou de ser uma carta de intenções para ser

---

[5] É a partir do século XIX que se começa a construir uma dogmática sustentada pela teoria do crime, teoria da pena e teoria da lei penal, sendo que a teoria do crime forneceu o método (criação de conceitos que permitem que um comportamento possa ser identificado como criminoso) que deu caráter científico ao Direito Penal. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime. 4ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 01.

a fonte de validade do ordenamento jurídico. Outro ponto a ser abordado é o estudo da constitucionalidade dos tipos penais de perigo abstrato e natureza coletiva, que são de uso corrente para atendimento das necessidades de segurança na sociedade do risco.

No capítulo quinto, serão identificados os fundamentos que justificam o *jus puniendi* estatal, em especial no que se refere às funções da pena e do próprio Direito, que passa inclusive pela satisfação de necessidades psicológicas da sociedade. Além disso, serão verificadas as causas da expansão do Direito Penal e principais reflexos dessa expansão, como os discursos de validação de um Direito Penal do inimigo e de emergência, fontes de deslegitimação em um contexto de globalização.

No capítulo sexto, serão abordados com maior profundidade os comandos constitucionais expressos e implícitos de incriminação, em que se apregoa um Direito Penal democrático e racional. Trata-se de um retorno ao pensamento iluminista, funcionando o bem jurídico como referência garantista, fundamentador da proteção do indivíduo e não como forma de referendar a atuação do Estado.

O conteúdo do bem jurídico na modernidade deve estar em consonância com os ideais do Estado Democrático de Direito, norteado pela defesa da dignidade humana. Lembrando que ainda não foram criados meios para a substituição total desse ramo do ordenamento por outras formas de intervenção estatal menos drásticas na esfera de liberdade do cidadão, buscam-se propostas para afastar o atual quadro de deslegitimação do Direito Penal por meio do controle social e pela renovação da ideia de que o bem jurídico ainda possa ser um filtro adequado do poder punitivo na modernidade.

CAPÍTULO I
DIREITO PENAL, BEM JURÍDICO E SOCIEDADE DO RISCO

1.1 A modernização reflexiva: uma explicação prévia

A sociedade pós-moderna é marcada pela incerteza, pelo não-saber, em que o aumento do conhecimento científico não significa necessariamente a diminuição do não-saber (o saber ora referido por Beck é uma expectativa, como atribuição e construção social).

> O não-saber penetra e modifica a situação de vida e o sofrimento das pessoas, os sistemas de especialistas e de controle, os conceitos de soberania, autoridade estatal, lei e dignidade humana. A teoria do mundo arrisca a sociedade e ajuda a repensar as constantes, conceitos e instituições fundamentais do mundo moderno[6].

Além disso, essa sociedade é marcada pelo desprezo dos sentidos e pelo senso comum como pressuposto antropológico da consciência da própria vida e do próprio juízo. *As pessoas,* (...) *devem, portanto, usar o conhecimento e o não-conhecimento que se acumulam em seu sofrimento como uma "moeda" para negociar sua sobrevivência*(...)[7].

As mudanças provocadas pelo avanço tecnológico podem transformar o não-saber em saber e o que era válido em não-saber, de modo que a civilização pós-moderna está introduzida em meio a risco, em relações às quais se torna difícil tomar decisões: por exemplo, consumo de alimentos transgênicos, uso de telefones celulares, não se sabendo quando e em que quantidade deve o ser humano se preocupar com efeitos e se/quando esses efeitos podem ocorrer. *Quanto maior o perigo, maior o não-conhecimento e a necessidade e a impossibilidade da decisão (paradoxo da decisão)*[8].

Esse não-saber pode ser premeditado ou não premeditado. No primeiro caso, apesar de se ter conhecimento de que há um risco, mesmo com investigações e estudos de probabilidade, não há como prever com precisão quando e onde ocorrerá o dano, podendo ser citado, como exemplo, a atuação

---

[6] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridade perdida.* Barcelona: Paidós, 2008, p. 165.
[7] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridade perdida.* Barcelona: Paidós, 2008, p. 166.
[8] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridade perdida.* Barcelona: Paidós, 2008, p. 166-168.

de um determinado grupo terrorista. O não-saber de tipo não premeditado é aquele decorrente do desconhecimento dos efeitos de determinado uso ou objeto, como por exemplo o uso da substância química CFC (clorofluorcarbono) em aerossóis há mais de quarenta anos e que descobriu ser nocivo à camada de ozônio que protege o planeta Terra dos raios ultravioleta[9].

> Em relação ao não-saber, se não premeditado ou premeditado, o seguinte pode ser afirmado: catástrofes normais podem ser compensadas, as maiores catástrofes possíveis, não (estas têm que ser evitadas). O princípio da compensação é substituído pelo princípio da precaução. No entanto, compensação e previsão seguem diferentes lógicas. A compensação é baseada na habilidade artesanal dos cálculos matemáticos de possibilidade e probabilidade; a previsão do pior caso possível, por outro lado, deve basear-se em conjeturas, hipóteses e ficções mais ou menos fantasiosas, já que não pode contar com as experiências correspondentes[10].

Diante desse contexto de dúvidas e incertezas, Beck afirma que a sociedade moderna, cada vez mais global, é vitima de seu próprio avanço, enfrentando questões que desafiam os fundamentos de seus sistemas sociais e políticos, com propostas de reinvenção da civilização industrial e de novos contratos sociais. Tal ambiente gera pontos de partida para a reflexão sobre os rumos e as consequências da vida em sociedade, podendo ser citadas as opiniões de Beck, Giddens e Lash.

Para Beck, a modernização reflexiva significa:

> a possibilidade de uma destruição (auto) criativa de uma época inteira: a da sociedade industrial. O "sujeito" desta destruição criativa não é a revolução, nem a crise, mas a vitória da modernização ocidental[11].

A ideia de modernização reflexiva de Beck é alicerçada em três pontos: o não-saber como mentira, a diferença entre teoria dos saberes lineares e não lineares e uma tipologia do não-saber. O não-saber como mentira surge quando é decorrente de mascaramento, erros confusões, exageros e dogmatismos, ou seja, formas de negação (ver apenas o que se quer ver). Se for considerado que a inquietude e o medo diminuem à medida em que o conhecimento aumenta, o não-saber como negação leva a uma

---

[9] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridade perdida.* Barcelona: Paidós, 2008, p. 168-169.
[10] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridade perdida.* Barcelona: Paidós, 2008, p. 169.
[11] BECK, Ulrich. *La reinvención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernización reflexiva. Politica, tradición y estesticia en el orden social moderno. Madrid. Alianza editorial, 2001, p. 14

supervalorização dos perigos, uma sobrerregulação da vida social como política preventiva[12].

As teorias lineares consideram que o não-saber não é relevante (o centro) para a modernização reflexiva, é formada por *experts* formalmente autorizados, um número limitado de atores acreditados em institutos e organizações de investigações (modelo tecnocrático). As teorias não lineares entendem que as consequências do não-saber são um problema-chave para a modernidade reflexiva, possuindo um campo aberto ao conhecimento trazido por múltiplos atores, marcado pelo dissenso, conflitos de racionalidade, redes não cooperativas[13].

Sobre tipologias do não-saber, Beck as classifica em[14]:

- aquela que, após conflitos em torno de conjecturas seletivas, transforma a ignorância em saber, dentro de uma escala de credibilidade;

- o querer não-saber;

- o não-saber que foi alvo de reflexão;

- zonas de poder de não-saber;

- o não-saber reprimido ou não-sabido, *e isso acontece em especialistas e contra-especialistas, em novos (ou antigos) movimentos religiosos e sociais*;

- *Sexto, devemos distinguir a figura do poder do não-conhecido não conhecido, aquele "desconhecido" em que se baseia o momento não-nulo da surpresa.*

Beck diferencia a modernização simples ou ortodoxa da reflexiva, sendo que a primeira é marcada pela desvinculação e posterior reinserção das formas sociais tradicionais por formas sociais industriais. A modernização reflexiva significa a desvinculação e a reinserção das formas sociais industriais por outro tipo de modernidade, com a possibilidade de (auto)destruição de

---

[12] BECK, Ulrich. *La reinvención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernización reflexiva. Politica, tradición y estesticia en el orden social moderno. Madrid. Alianza editorial, 2001, p. 174-176

[13] BECK, Ulrich. *La reinvención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernización reflexiva. Politica, tradición y estesticia en el orden social moderno. Madrid. Alianza editorial, 2001, p. 177

[14] BECK, Ulrich. *La reinvención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernización reflexiva. Politica, tradición y estesticia en el orden social moderno. Madrid. Alianza editorial, 2001, p. 179

classes, regras de gênero, da família, setores empresariais, causada não pela crise do capitalismo, mas pela vitória deste. Trata-se de uma mudança subreptícia e não planejada, automatizada, promovendo a radicalização da modernidade, quebrando as premissas e contornos da sociedade industrial, sem que haja uma revolução ou debates políticos.

Segundo Machado, o processo de reflexividade proposto por Beck é resultado do superdesenvolvimento da modernidade industrial, cujos efeitos não puderam ser assimilados pela modernidade industrial. A base da reflexividade é o confronto, a incompreensão e a não assimilação da sociedade do risco pela sociedade industrial. Nessa linha, Machado chama a atenção para a diferença entre reflexividade e reflexão, de modo que a primeira *se refere à transição autônoma, indesejada e despercebida do modelo da sociedade industrial para o da sociedade do risco* (marcada pela irreflexão e não intencionalidade), enquanto que a reflexão é o aumento do conhecimento e da cientificação que marcam a modernidade[15].

Para Giddens, a modernidade contém em si a contradição com a tradição e isso é causa de reflexão, pois a reflexão é uma característica definidora da ação humana (controle reflexivo da ação) por meio de um controle consistente (que nunca cessa) da conduta e de seus contextos. Nesse contexto, a tradição serve para manter o controle reflexivo da ação (organização do tempo e do espaço na comunidade)[16]. Com a modernidade, o pensamento e a ação são constantemente refletidos um sobre o outro, de modo que a rotina do presente deixa de ter uma conexão intrínseca com o passado. *A reflexão da vida social moderna consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de novas informações (...),* o que envolve todos os aspectos da vida humana. Entretanto, a revisão dos conhecimentos e sua

---

[15] MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 30-31.

[16] Segundo Beck, as principais características da modernização reflexiva proposta por Giddens são:— *Cuanto más moderna es la sociedad, más saber genera sobre sus fundamentos, estructuras, dinámicas y conflictos. — Cuanto más saber posee sobre sí misma y más lo aplica, con más pertinacia deja de guiarse por la tradición y se orienta a una reconstrucción global de las estructuras e instituciones sociales basada en el saber y vehiculizada por la ciencia. — El saber fuerza decisiones, crea las condiciones para actuar. Los individuos quedan liberados de las estructuras y tienen que redefinir —en unas condiciones de inseguridad fabricada— su acción de acuerdo con las formas y estrategias de la modernización «reflexionada».* BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida.* Barcelo: Paidós, 2008, p. 171.

substituição por outros não leva ao resultado conhecimento-certeza, mas à falta de segurança sobre o que foi mudado[17].

Para Lash, a teoria da modernidade reflexiva só pode funcionar de forma crítica quando é lida contra seus próprios fins confessados e no contexto daquilo que tacitamente ocorre, dando-se primazia à sua dimensão estética (crítica da infeliz totalidade da alta modernidade, através do particular) e não cognitiva, como fazem Beck e Giddens. A modernidade reflexiva é um programa de individualização, onde o "eu" se encontra livre de vínculos comunitários. A modernidade é objeto de sua própria reflexão, sobre seus próprios erros e excessos. As pessoas, cada vez mais individuais, libertas de suas amarras com o passado, são livres para refletir sobre as normas e recursos disponíveis em sociedade, esta, cada vez mais desintegrada.

> Em suma, se modernização simples significa sujeição, a modernização reflexiva implica o empoderamento dos sujeitos. Se a modernização simples nos dá o cenário foucaultiano de atomização, normalização e individuação, sua contrapartida reflexiva abre uma individualização genuína, abre possibilidades positivas de subjetividade autônoma com respeito a nossos ambientes natural, social e psíquico. Embora, como adverte Giddens, mesmo a modernidade reflexiva seja um "moloch", dado que as conseqüências da reflexividade podem ter como resultado novas inseguranças, novas formas de sujeição[18].

A modernidade reflexiva, segundo Lash, envolve um aspecto de destruição criativa da agência, da estrutura e da comunidade. No que se refere à agência[19] (capacidade de ação) a modernidade reflexiva promove uma liberação da agência em relação à estrutura, por meio da flexibilização e da inovação mais rápida.

---

[17] GIDDENS, Anthony. *Consecuencias de la modernidade.* Madrid: Alianza editorial, 1994, p. 44 e seguintes.

[18] LASH, Scott. *La reflexidad y sus dobles: estrutura, estética, comunidad*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernización reflexiva. Politica, tradición y estesticia en el orden social moderno. Madrid. Alianza editorial, 2001, p. 140-141.

[19] *La teoría de la agencia habla el lenguaje del «acto unitario», el «habitus» el lenguaje de las actividades como un continuo. La teoría de la acción postula, al menos implícitamente, un actor no integrado, que minimiza los costes y maximiza los costes, guiado por una tabla de preferencias. El habitus existe únicamente en tanto que situado en su «mundo». La teoría de la acción frecuentemente es «contraenvista» en el sentido en que la agencia es el motivo que actúa tras la estructura, como, por ejemplo, en las «redes de actores». El habitus, por el contrario, asume una cierta «situación de estar arrojado» en una red de prácticas y significados preexistentes*. LASH, Scott. *La reflexidad y sus dobles: estrutura, estética, comunidad*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernización reflexiva. Politica, tradición y estesticia en el orden social moderno. Madrid. Alianza editorial, 2001, p. 193.

Há uma reflexividade estrutural, quando há liberdade para se refletir sobre as regras, condições sociais de existência da agência (capacidade de ação[20]) e uma autorreflexividade, quando a agência reflete sobre si mesma[21]. Em relação à estrutura social, a moderna reflexividade estabelece novas condições para a liberdade de ação e com conhecimento. E *as estruturas sociais que estão em recuo neste contexto estão sendo deslocadas em grande parte por estruturas informativas e comunicativas*[22]. As estruturas modernas são do tipo coletivo (onde os vínculos comuns são destruídos e em seu lugar passam a existir um conjunto de indivíduos abstrato e atomizado)[23].

No concerne à comunidade, Lash afirma que a comunidade possui um déficit do "nós", ou seja, é marcada por individualismo de desejo heterogêneo que dificilmente conduz à ideia de comunidade. *São coletividades de práticas básicas compartilhadas, significados compartilhados, atividades rotineiras compartilhadas envolvidas na obtenção de significado*[24]. Por outro lado, Lash critica essa posição, afirmando que a ideia de comunidade deve ser baseada em costume e não em regras, em hábito e não em juízos. A comunidade deve estar voltada para práticas de base que envolvam seres humanos para a produção de bens substantivos[25].

---

[20] Vide artigo denominado *Objetos que juzgan: el Parlamento de las cosas de Latour*, disponível em http://eipcp.net/transversal/0107/lash/es, acesso em 27/11/2017.

[21] LASH, Scott. *La reflexidad y sus dobles: estrutura, estética, comunidad*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernización reflexiva. Política, tradición y estesticia en el orden social moderno. Madrid. Alianza editorial, 2001, p. 144.

[22] LASH, Scott. *La reflexidad y sus dobles: estrutura, estética, comunidad*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernización reflexiva. Política, tradición y estesticia en el orden social moderno. Madrid. Alianza editorial, 2001, p. 138.

[23] *No son solo las estructuras de clase de la modernidad simple las que son abstractas e impersonales: igualmente abstractos son, por ejemplo, los fenómenos de la nación y el nacionalismo.* LASH, Scott. *La reflexidad y sus dobles: estrutura, estética, comunidad*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernización reflexiva. Politica, tradición y estesticia en el orden social moderno. Madrid. Alianza editorial, 2001, p. 143.

[24] LASH, Scott. *La reflexidad y sus dobles: estrutura, estética, comunidad*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernización reflexiva. Política, tradición y estesticia en el orden social moderno. Madrid. Alianza editorial, 2001, p. 182.

[25]*Es preciso «mundanizar» la comunidad en cualquier sentido sustancial. Es preciso arraigarla en significados compartidos y prácticas de base. Estas prácticas tienen una finalidad, tienen su propio «telos» específico. Estas prácticas implican a otros seres humanos. También implican cosas, pero no son «objetos» sino «Zeuge» en el sentido de Heidegger, es decir, instrumentos, «herramientas», incluyendo los instrumentos del lenguaje e informacionales, entre las que vivimos y en las que invertimos afecto. Las prácticas cotidianas en el «nosotros» están implicadas en la consecución rutinaria de significado: están implicadas en la producción de bienes sustantivos, que a su vez son también significados.* LASH, Scott. *La reflexidad y sus dobles: estrutura, estética, comunidad*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernización reflexiva. Política, tradición y estesticia en el orden social moderno. Madrid. Alianza editorial, 2001, p. 185-187.

1.2 Aspectos fundamentais da sociedade do risco

O mundo contemporâneo está em rápida e constante evolução nas mais diversas áreas: economia, medicina, meios de comunicação etc. Essas mudanças provocam, não raro, uma obsolescência das tecnologias colocadas à disposição da população. O novo, o original, chama a atenção por pouco tempo e logo é substituído por outro objeto inovador. Nessa linha, os riscos também ocorrem de forma rápida e imprevisível, uma vez que os marcos sociais de referência para a identificação de ameaças e compreensão da realidade são colocados em xeque. Por outro lado, o progresso científico que diminuiu os riscos da natureza e fez frente às superstições, não foi capaz de tornar mais segura a vida em sociedade[26]. Os riscos nessa sociedade pós-moderna são imprevisíveis e incontroláveis[27]: terrorismo, vazamento de resíduos provenientes de usinas nucleares, rompimento de barragens de rejeitos de minério, explosões de fábricas de produtos químicos ou mesmo a queda de um avião são riscos a que o homem moderno está constantemente sujeito[28].

A sociedade industrial ao longo de sua história (séculos XVIII a XX) não notou os efeitos colaterais do desenvolvimento até o momento em que os danos causados por seus processos produtivos chegaram a níveis alarmantes e com efeitos ilimitados e imprevisíveis (efeito estufa, contaminação por substâncias nucleares, entre outros). A sociedade do risco representa essa mudança de percepção dos riscos gerados pela sociedade industrial, os quais são gerados por decisões humanas, de modo que os *centros de tomada de decisões e as leis do progresso tecnológico e científico tornam-se questões*

---

[26] BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico penal supraindividual.* Belo Horizonte: D´plácido, 2017, p. 98.

[27] Segundo Machado, *acreditava-se que quanto mais avançado fosse o conhecimento humano, maior seria a certeza sobre as condições do futuro e as possibilidades de orientá-lo. Entretanto, as conexões entre o desenvolvimento do conhecimento técnico e o conhecimento acerca do futuro da humanidade mostraram-se bem distintas...*MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 20.

[28]PAIVA,Elky Alexander Villegas.*LOS BIENES JURIDICOS COLECTIVOS EN EL DER ECHO PENAL. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosoci ales,* p.1-2. Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf. Acesso em 17/11/17.

políticas[29]*,* apesar do funcionamento normal das instituições herdadas do período industrial.

Bechara caracteriza a sociedade do risco como complexa, em razão da alta tecnicidade e industrialização, nas quais as relações de interação interpessoal são anônimas, o que promove o questionamento sobre o que pode ser de interesse merecedor de tutela penal[30].

Machado[31] aponta que os efeitos colaterais do processo de desenvolvimento da modernidade são invisíveis e muitas vezes irreversíveis, gerando uma crise institucional da sociedade industrial, pois esses efeitos foram gerados sob o incentivo das instituições de controle e seguindo as normas legais vigentes. São riscos incontroláveis pelos parâmetros tradicionais da sociedade industrial que prometia segurança e tranquilidade, podendo ainda ser apontadas as seguintes peculiaridades em resumo:

- os riscos são um fenômeno estrutural da sociedade, fruto de decisões humanas (são artificiais), com dimensões superiores aos danos de origem natural;

- são efeitos colaterais indesejados, não previstos e irreversíveis;

- suas causas são indeterminadas, o que implica em dificuldade de estabelecimento de regras securitárias, de estatística e de indenização;

- os danos não são delimitáveis no tempo e no espaço, nem a uma classe ou grupo social;

- os riscos possuem forte impacto sobre a opinião pública, que passa a intervir em aspectos até então privados, como a administração de empresas e de processos produtivos.

Nessa conjuntura, o Direito Penal é chamado como instrumento de controle de risco nessa sociedade, pois não só surgem novas formas de criminalidade[32] com a evolução tecnológica (crimes virtuais, crimes

---

[29] MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 32.

[30] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 212.

[31] MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 35 e seguintes.

[32] *No es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva).* SILVA SÁNCHEZ,

econômicos), como também se objetiva antecipar a barreira penal para impedir riscos que afetam a coletividade como um todo. Esses riscos têm alto poder destrutivo, que podem ser resultado de negligência ou omissão, mas também pelo emprego de tecnologias ultrapassadas ou mesmo de processos altamente complexos, o que dificulta a identificação de falhas humanas[33]. Nesse ponto, Paiva traz à tona a diferença entre o atual modelo de Direito Penal securitário e aquele de cunho expansionista, sendo que o primeiro se refere às novas formas de criminalidade próprias da sociedade do risco, enquanto que o segundo intensifica sua atuação sobre as tradicionais formas de criminalidade[34].

Como se pode observar, em uma sociedade do risco há uma predominância dos bens jurídicos coletivos, com utilização dos tipos penais de perigo abstrato[35] como forma de antecipação da tutela estatal para fazer com que a sociedade se sinta segura, com uma consequente expansão do Direito Penal. Em uma sociedade pós-industrial há *uma inter-relação absoluta que se manifesta na ordem causal; isto é, existem enormes dificuldades para determinar e especificar onde e como o resultado nocivo foi produzido* [36]

Salvador Netto afirma que o Direito Penal da sociedade do risco representa *a desorganização dos argumentos lógicos e legitimadores das decisões do próprio sistema*, ou seja, o desencaixe entre os sistemas tradicionais de controle com o avanço das forças produtivas, promovendo-se incertezas e questionamentos[37].

Jesús Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 21.

[33] MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 48.

[34]VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander . *Los bienes juridicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosoci ales,* p. 5. Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf. Acesso em 17/11/17.

[35] Hassemer como tendências do Direito Penal moderno, os crimes de perigo abstrato seriam adequado para criminalizar condutas com vítimas difusas, mas tendo como consequência o empobrecimento dos pressupostos de punibilidade, uma vez que não haveria uma vítima ou dano um dano visíveis, mas apenas a comprovação de uma conduta perigosa. HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de uma teoría personal del bien jurídico.* Doctrina penal. Teoría y prática en las Ciencias Penales. Revista trimestral, abril-sep de 1989, p. 278-279.

[36] RODRIGUÉZ, Raúl Carnevali. *Algunas reflexiones en relacion a la proteccion penal de los bienes jurídicos supraindividuales.* Revista Chilena de Derecho, vol. 27 n° 1, ano 2000, p 135.

[37] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco.* São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 82.

Nesse contexto, para conter o perigo cuja origem muitas vezes não pode ser predeterminada, é preciso modificar o Direito Penal de índole liberal, com seus princípios de lesividade concreta, individualidade, para que este ramo se torne mais efetivo no combate da moderna criminalidade, expandindo-se para a proteção de bens jurídicos coletivos. O Direito Penal clássico (voltado para ações lesivas individualizáveis) passa a ter dimensões sistêmicas, estruturais[38], muitas vezes incapaz de gerir os novos padrões de relacionamento na moderna sociedade, uma vez que a dogmática penal com seus critérios certos e precisos estaria distanciada da realidade social dinâmica. Tudo vem a gerar um constante sentimento de anomia do Direito Penal ou constância de desilusões com esse ramo face à sua ineficácia. Surge nesse ponto um paradoxo: quanto menos eficaz é o Direito Penal na sociedade do risco, mais se busca o seu recrudescimento, mesmo diante de garantias liberais em um Estado Democrático de Direito. Nesse passo, a ciência jurídica é esquecida em face da criação de tipos penais para situações novas e inusitadas[39] para se atender aos anseios da opinião pública[40].

Diante da constatação inevitável de que a sociedade pós-moderna reconhece a existência de bens jurídicos coletivos e o emprego do Direito Penal para a proteção deste, surge o questionamento sobre os limites do *jus puniendi*, uma vez que, não raras vezes, princípios clássicos como fragmentariedade e subsidiariedade são colocados em dúvida. Para tanto, busca-se embasamento no conceito material de bem jurídico com auxílio das teorias constitucionalistas e sociológico-funcionalistas[41].

---

[38] RODRIGUÉZ, Raúl Carnevali. *Algunas reflexiones en relacion a la proteccion penal de los bienes jurídicos supraindividuales.* Revista Chilena de Derecho, vol. 27 n° 1, ano 2000, p 136.

[39] Pode ser citado como exemplo de situação nova que "deve" ser resolvida pelo Direito Penal a criação do projeto de lei da Câmara 18/2017 que torna crime a "vingança pornográfica" que consiste na divulgação e na exposição pública da intimidade sexual. Assim, diante da modernidade de aparelhos portáteis de permitem a gravação de imagens, o que pode ocorrer durante um ato sexual, se as imagens foram divulgadas pela internet ou outro meio haverá violência doméstica: ...*entendida como a divulgação, por meio da internet ou outro meio de propagação de informações, de dados pessoais, vídeos, áudios, montagens e fotocomposições da mulher, obtidos no âmbito das relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade, sem seu expresso consentimento. (...)Art. 140 - A. Ofender a dignidade ou o decoro de outrem, divulgando, por meio de imagem, vídeo ou qualquer outro meio, material que contenha cena de nudez ou de ato sexual de caráter privado.* Disponível em: http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5065865&disposition=inline. Acesso em 23/11/2017.

[40] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco.* São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 83-84.

[41] RODRIGUÉZ, Raúl Carnevali. *Algunas reflexiones en relacion a la proteccion penal de los bienes jurídicos supraindividuales.* Revista Chilena de Derecho, vol. 27 n° 1, ano 2000, p 137.

As teorias constitucionalistas do bem jurídico afirmam que na Constituição é possível identificar quais são os bens que devem ser tutelados, funcionando como critério delimitador do ilícito penal[42]. *É inegável, (...) o reconhecimento constitucional de um bem deve servir como critério relevante para decidir se estamos na presença de um interesse fundamental para a vida social*[43], mas a Constituição não é uma vara mágica que pode resolver todos os problemas sociais, pois não cabe à Constituição regular comportamento dos cidadãos, mas estabelecer limites ao exercício do poder político. Segundo, deve haver proporcionalidade na intervenção do Estado por meio do Direito Penal na esfera privada dos cidadãos, pois supõem-se a lesão de direitos fundamentais do condenado. Terceiro, nem todo bem reconhecido pela Constituição merece ser protegido pelo Direito Penal de todas as formas de ataque.

Militello também critica a visão constitucionalista do bem jurídico ao afirmar que a Constituição não consegue prever a evolução social, não podendo *para dizer sobre o mérito da punição por comportamentos que atacam bens totalmente novos ou que, pelo menos, criam novas modalidades ofensivas aos bens existentes*[44].

A teoria sociológico-funcionalista extrai o conceito de bem jurídico da ideia de dano social, de modo que são bens jurídicos aqueles que são fundamentais para a preservação da ordem social ou ao adequado funcionamento dos sistemas sociais[45]. Entretanto, esta teoria não é imune a críticas, pois com ela se corre o risco de se esquecer do indivíduo à custa do desenvolvimento do corpo social[46].

---

[42] RODRIGUÉZ, Raúl Carnevali. *Algunas reflexiones en relacion a la proteccion penal de los bienes jurídicos supraindividuales.* Revista Chilena de Derecho, vol. 27 n° 1, ano 2000, p 137.

[43] MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado democrático y social de derecho.* Barcelona: Editorial Ariel, SA, 1994, p. 163.

[44] MILITELLO, Vicenzo. *Dogmática penal y politica criminal en perspectiva europeia.* In: Crítica y justificación del Derecho penal in cambio de siglo. El análises crítico de la Escuela de Frankfurt. Coordinadores: Luis Arroyo Zapatero Ulfrid Neumann Adán Nieto Martín. La Mancha Castilla-Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla, 2003, p. 50.

[45] Welzel afirma que a missão do Direito Penal é amparar os valores mais importantes em sociedade. *Esos valores, que radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho, constituyen el substrato ético-social de las normas del derecho penal. El derecho penal asegura su real observancia determinando pena para quienes se apartan de ellas a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales. La misión central del derecho penal reside, entonces, en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano.* WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 1-3.

[46] RODRIGUÉZ, Raúl Carnevali. *Algunas reflexiones en relacion a la proteccion penal de los*

Fazendo uma análise sob perspectiva sistêmica, Hassemer afirma que uma conduta que ameace o bem jurídico não é suficiente para criminalizar essa conduta, devendo ser considerados alguns princípios tais como subsidiariedade, danosidade social, tolerância, humanidade, dignidade da pessoa humana, como forma de impor ao legislador uma barreira para se evitar uma utilização precipitada do Direito Penal para fins de política criminal[47].

Por outro lado, diante da crescente complexidade das relações sociais e com a utilização de delitos de perigo abstrato voltados para a proteção de bens jurídicos coletivos, verifica-se uma excessiva amplitude dos tipos penais, tornando fluido, vago o conceito de bem jurídico. Como forma de correção, Hassemer propõe que bens jurídicos protegidos pela norma penal estejam descritos de forma concreta, levando-se em conta a necessidade de se elaborar teorias acerca do desenvolvimento das estruturas sociais, sem renunciar ao caráter pessoal de bem jurídico, ou seja, conciliar a ideia de bens jurídicos universais que estejam a serviço do indivíduo[48].

Na sociedade pós-moderna, os riscos, de origem humana, são decorrentes de decisões baseadas em critérios econômicos, mas que a racionalidade tecnológica não é capaz de controlar as eventuais falhas nos processos de produção que se tornaram cada vez mais complexos.

De acordo com Beck, na atualidade, a irresponsabilidade é organizada, pois à medida em que os riscos crescem, diminui-se a segurança em sociedade, já que não existem instituições que estejam preparadas para o MAC (maior acidente conjecturável), nem ordenamento humano que garanta sua sobrevivência social e política[49]. Aos riscos da sociedade pós-moderna, as propostas de segurança da sociedade industrial não se aplicam:

> Os grandes perigos eliminam os três pilares do cálculo do risco, uma vez que, primeiro, envolvem danos ilimitados, globais e muitas vezes irreparáveis: a noção de compensação (pecuniária) falha. Em segundo lugar, eles se preocupam em impedir o pior acidente possível: o controle antecipado das conseqüências é impossível. Terceiro, eles provocam "acidentes" temporariamente ilimitados no espaço, com um começo, mas sem fim, um festival aberto de destruição furtiva e

---

bienes jurídicos supraindividuales. Revista Chilena de Derecho, vol. 27 n° 1, ano 2000, p 138.

[47] HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de uma teoria personal del bien jurídico.* Doctrina penal. Teoría y prática en las Ciencias Penales. Revista trimestral, abril-sep de 1989, p. 278-279.

[48] HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoria personal del bien jurídico.* Doctrina penal. Teoría y prática en las Ciencias Penales. Revista trimestral, abril-sep de 1989, p. 280-281.

[49] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridade perdida.* Barcelona: Paidós, 2008, p. 51.

> galopante que cada vez mais acontece (por exemplo, a mudança climática)[50].

Quanto mais complexa é uma organização, mais intercambiável é o indivíduo e menor é a sua sensação de responsabilidade, o que no âmbito penal gera o chamado Direito Penal da seguridade onde *haveria uma culpa vaga ou difusa pelo ato individual, de modo que somente com dificuldade a produção de dano ou perigo e culpa poderia estar relacionada a ele.* Nota-se que não haveria uma relação próxima entre "autor" e vítima, com diminuição ou supressão da culpabilidade na medida em que os riscos afetam as pessoas de forma involuntária, embora sejam fruto de múltiplas decisões humanas. Além disso, as pessoas podem produzir para si mesmas os riscos, pois, em muitos casos, as tecnologias avançadas incluem riscos desconhecidos e não compreendidos de maneira completa [51].

Machado chama a atenção para o fato de que o desenvolvimento tecnológico fez diluir as responsabilidades pessoais (falibilidade das regras de causalidade) em casos de danos (ações repetitivas, como no caso da poluição atmosférica; súbitos desastres), pois houve aumento das interconexões causais e substituição dos padrões individuais por coletivos, dentro de organizações e sistemas altamente complexos. Dessa forma, *quanto mais complexa e perfeita é uma organização, mais substituível é o indivíduo e menor é a sensação de responsabilidade...* [52]

Silva Sanchez afirma que frequentemente o Direito Penal está voltado para a proteção da sociedade, protegendo bens jurídicos enquanto pressupostos básicos para a convivência social, voltando para o indivíduo apenas enquanto violador do contrato social, trocando-se os limites do *jus puniendi* pela função de garantia de proteção social[53]. Entretanto:

> O perigo inerente à idéia de funcionalidade social, que poderia levar à proteção de valores morais, estratégias políticas ou acomodar pontos

---

[50] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridade perdida.* Barcelona: Paidós, 2008, p. 52.
[51] MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas ediciones SL, 2011, p. 29-30.
[52] MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 61-69.
[53] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Barcelona: Jose Maria Bosch editor S.A., 1992, p. 187.

> de vista totalitários, deve ser abordado através da inclusão no conceito de bem jurídico de uma referência central ao indivíduo[54].

Na mesma linha, Mir Puig afirma que os bens jurídicos são condições necessárias ao correto funcionamento dos sistemas sociais, mas devem contemplar o indivíduo de modo que este participe dos processos de comunicação social e não sob a perspectiva de sua utilidade social[55].

Interessante notar que o recurso ao uso dos crimes de perigo abstrato e de bens jurídicos coletivos na sociedade do risco implica em questionamentos sobre o afastamento da necessidade de se provar o dano, bem como de identificação da vítima, assumindo o Direito Penal um papel simbólico[56]. Esse simbolismo é marcado por leis de declaração de valores, com caráter de apelo moral, elaboradas em momentos de crise como resposta rápida ou que estabeleçam um compromisso, de modo que *a conservação e promoção da confiança e fidelidade na lei são processos comunicativos e de longo alcance, com uma infinidade de variáveis cognitivas e emocionais ...*[57]

O Direito Penal moderno é caracterizado pelo princípio da defesa do ordenamento jurídico, vinculado à teoria da prevenção geral positiva e voltado para a modificação de comportamentos que, forma simbólica, implanta nas mentes uma mensagem de fidelidade ao direito (sentimento de responsabilidade, de consciência moral coletiva de observância das leis) [58].

Esse Direito Penal moderno marcado pelo simbolismo[59] tem como traços necessários[60]:

---

[54] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Barcelona: Jose Maria Bosch editor S.A., 1992, p. 270.
[55] MIR PUIG, Santiago. *Introdución a las bases del derecho penal.* 2ª edición. Montivideo-Buenos Aires: ID de F, 2003, p. 123.
[56] RODRIGUÉZ, Raúl Carnevali. *Algunas reflexiones en relacion a la proteccion penal de los bienes juridicos supraindividuales.* Revista Chilena de Derecho, vol. 27 n° 1, ano 2000, p 141.
[57] HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos.* Nuevo Foro Penal, n° 51, enero de 1991, p. 20-21.
[58] HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos.* Nuevo Foro Penal, n° 51, enero de 1991, p. 21-22.
[59] *Existe um acuerdo global respecto de la dirección em la cual se busca el fenómeno de derecho simbólico: se trata de una oposión entre "realidade" y "aparência", entre "manifesto" y "latente", entre lo "verdadeiramente querido" y lo "otramente aplicado", y se trata siempre de los efectos reales de las leys penales. "Simbólico" se associa com "engano", tanto em sentido transitivo como reflexivo.* HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos.* Nuevo Foro Penal, n° 51, enero de 1991, p. 22.
[60] HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos.* Nuevo Foro Penal, n° 51, enero de 1991, p. 23.

- está vinculado a um sistema de funcionamento *input* (o qual não é voltado para as consequências) e não *output*. Segundo Luhmann, um sistema cujo centro de gravidade esteja na fronteira do *input* recebe e elabora as informações com relativa indiferença em relação às consequências que se originam com ele. Já um centro de gravidade *output* se preocupa com a obtenção de informações como meio para um fim, conforme um específico interesse (... *o sistema legal deve ser endireitado para suas conseqüências sociais e deve ser controlado por sua vez, por suas conseqüências*)[61]. Um Direito Penal simbólico não é direcionado para o fim que se propõe que é estabilizar as expectativas sociais sobre um determinado tema, mas trazer a aparência que de que determinado problema foi solucionado magicamente com a edição de uma lei penal.

- baseia-se em conceitos subjetivos como expectativas, intenções da lei, ao invés de condições prévias objetivas e probabilidade de um efeito (não se estudam os efeitos, mas as funções).

- ausência de um programa de execução das normas para os casos concretos[62].

Trata-se, pois, de um Direito Penal de falsa aparência de efetividade e instrumentalidade que acaba por colocar em descrédito a função punitiva do Estado, uma vez que as funções aparentes predominam sobre as manifestas (satisfação de uma "necessidade de agir" para apaziguar a população até a demonstração de um Estado forte[63]) para controle dos problemas sociais, estabelecer objetivos políticos e prevenir situações de perigo.

A partir do momento em que o Direito Penal da sociedade do risco toma um caráter simbólico[64], mais difícil é identificar a sua função de proteção

---

[61] LUHMANN, Nikolas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48-55.

[62] Exemplo do descompasso entre o legislado e a prática é o tipo penal de feminicídio (homicídio cometido contra a mulher pelo fato da vítima contar com essa condição- artigo 121, § 2°, VI e VII do Código Penal, incluído pela lei n°13.104 de 09 de março de 2015) e falta de estrutura das delegacias de atendimento à mulher pelo Brasil, que possui uma delegacia dessa natureza a cada doze municípios. https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/06/05/brasil-tem-uma-delegacia-com-atendimento-a-mulher-a-cada-12-municipios.htm, Acesso em 19/11/17.

[63] HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos.* Nuevo Foro Penal, n° 51, enero de 1991, p. 24.

[64] Na modernidade reflexiva, *os mecanismos de normalização são ativados para fazer o que tradicionalmente sempre foi feito ao se condenar uma conduta ou um resultado lesivo: perquirir as causas e processar os culpados...Se, nessas condições, os resultados relacionados com a repressão de condutas arriscadas e danosas e com a prevenção do risco e dano são pífios, tal reação é importante para não deixar transparecer que esses fenômenos são produzidos dentro dos limites e regras do próprio sistema.*MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do*

de bens jurídicos, pois se tem valido de conceitos vagos para definir bens jurídicos chamados universais (meio ambiente, saúde, terrorismo etc), por meio de uma criminalização antecipada à lesão do bem jurídico. A utilização do Direito Penal para controle do risco na verdade se torna uma proteção do bem-estar do homem em um sentido somático, na medida em que surgem os riscos da modernização[65].

González afirma que se a legislação simbólica ou as disposições do Direito Penal do risco não possuem referência a um bem jurídico pessoal, mesmo que indiretamente, devem então ser considerados inconstitucionais. As disposições penais são um luxo, pois custa caro ao Estado manter toda uma estrutura para declarar o delinquente culpado e mantê-lo preso, além do que isso custa ao preso a privação de direitos fundamentais como a perda das relações familiares e sociais[66].

A atuação do Direito Penal em sociedade como forma de prevenção à criminalidade é marcada por um constante balanço entre a juridicidade e a efetividade das normas estabelecidas.

Sob uma ótica funcionalista, o crime não é uma lesão a bens jurídicos, mas uma lesão à juridicidade da norma, de modo que a pena é a marginalização de um fato de conotação lesiva para a norma. A pena é a conformação da estabilidade da norma, da identidade da sociedade[67].

---

risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 73-74.

[65] HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos.* Nuevo Foro Penal, n° 51, enero de 1991, p. 27-28.

[66] CASTILLO GONZÁLES, Francisco.*El bien jurídico penalmente protegido.* San José da Costa Rica: Editorial Jurídica continental, 2008, p. 89-90.

[67] De acordo com Jakobs, a pena desempenha funções manifestas e latentes: *Ahora bien, la función manifiesta de la pena de confirmar la identidad de la sociedad no excluye el aceptar como función latente una dirección de la motivación: la repetida marginalización del hecho y confirmación de la estabilidad social excluye formas de comportamiento delictivas del repertorio de las sugeridas por doquier, cuando no incluso recomendadas, en otras palabras, en la planificación cotidiana normal no se reflexiona en primer lugar acerca de la posibilidad de un proceder delictivo. Esta es la denominada prevención general positiva como función latente de la pena. A ella también se le puede añadir aún un efecto intimidatorio, es decir, una prevención negativa, y otros más. La separación del efecto confirmante y de los efectos preventivos de la pena, esto es, la división entre funciones manifiestas y funciones latentes, es de gran importancia, pues la pena se dirige en cada función a destinatarios distintos. El efecto confirmatorio va destinado a personas, es decir, a partícipes de la comunicación que son presentados como dispuestos jurídicamente, y, ciertamente, a todos ellos. El daño de la pena dirigido al autor e infligido a través de la privación de medios de desarrollo (libertad, dinero) no persigue provocar miedo o compasión u otros estados psíquicos, sino que es tínicamente portador del significado: no hay que adherirse al hecho.* JAKOBS, Günther. *Dogmática de*

O Direito Penal simbólico e formulador de crimes de perigo abstrato é uma alternativa na sociedade pós-moderna para a proteção de expectativas (aberto ao futuro e não apenas voltado para os casos concretos), quando o risco não é atribuído a um indivíduo concreto, com supressão do vínculo entre o comportamento criminalizado e lesão do bem jurídico. Isso ocorre porquanto o injusto penal deixa de ser a comprovação da causação do dano, mas uma atividade criminalizada pelo legislador, dispensando a prova do dano e com isso facilitando a atribuição do perigo de lesão. Nesse aspecto, Hassermer chama o legislador de "empresário moral", o qual, por meio de normas penais simbólicas não age para a proteção de bens jurídicos, mas de sua própria imagem, como aquele que "não está inerte" aos reclamos sociais[68].

Interessante o posicionamento de Mir Puig quando afirma que sob o enfoque do Estado Democrático de Direito, a valoração de um interesse coletivo exige a comprovação que o dano possa causar a cada indivíduo, para que possa haver a intervenção do Direito Penal, pois o Estado não pode deixar de conhecer *o significado que, por si só, implica a extensão social de um certo interesse, mas também não precisa prescindir, pelo menos, de certa seriedade na repercussão do interesse coletivo em cada indivíduo.* Trata-se de uma medida para se evitar a hipertrofia do Direito Penal por meio da administrativização[69] de seu conteúdo[70].

Badaró chama a atenção para o fato de que as novas tarefas do Direito Penal vão desde o combate a criminalidades modernas a até mesmo a promoção de valores ético-sociais. Ao se tornar gestor dos riscos da vida

---

derecho penal y configuración normativa de la sociedad. Madri: Civitas ediciones SL, 2004, p. 41-42.

[68] O Direito Penal simbólico *es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este derecho penal se aviene a las imágenes de una "inseguridad global" y de una "sociedad de riesgo"* . HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos.* Nuevo Foro Penal, n° 51, enero de 1991, p. 29-308.

[69] A expansão do Direito Penal na sociedade do risco envolve a proteção de contextos cada vez mais genéricos, como é o caso dos bens jurídicos coletivos. *El Derecho penal, que reaccionaba a posteriori contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha «administrativizado».* SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 123.

[70] MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho.* Barcelona: Editorial Ariel SA, 1994, p. 165.

moderna, o Direito Penal se aproximou de um modelo de intervenção típico do Direito Administrativo, gerando assim a chamada “administrativização” do Direito Penal[71]. Trata-se de um Direito Penal como mero sistema de controle, carregado de tipificações contra a simples desobediência, leis penais em branco, tipos penais abertos, entre outros, que vem produzindo fissuras, ferindo princípios como taxatividade, ofensividade e culpabilidade para *privilegiar em muitos casos a eficiência, a estabilidade da norma, a eficácia na intervenção ", sacrificando as categorias e suas regras de imputação* [72].

A complexidade da sociedade moderna tem levado à antecipação da tutela de bens jurídicos supraindividuais, de modo que o Direito Penal tem se tornado um *instrumento de controle acessório ao Direito Administrativo,* visando ao controle de situações particulares ou emergenciais[73]. Trata-se da adoção do princípio da precaução no âmbito penal para gestão de riscos sociais, uma vez que as pessoas estariam submetidas a riscos incontroláveis, desconhecidos e imprevisíveis, tendo como consequência a perda à visibilidade material do delito e a intervenção penal se instrumento coadjuvante do Direito Administrativo[74].

Silva Sánchez aponta algumas causas da expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais, como o surgimento de novos interesses e novos riscos, a institucionalização da insegurança, a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos/a identificação da maioria social com a vítima do delito, além do descrédito de outras instâncias de proteção. Segundo esse autor, para distinguir o Direito Penal do Administrativo:

> .. o decisivo aqui é o critério teleológico: o objetivo perseguido, respectivamente, por sanções penais e administrativas. A primeira busca proteger ativos específicos em casos específicos e segue critérios de lesividade ou perigo específico e de imputação individual de um injusto. A segunda busca ordenar, em geral, setores de atividade (fortalecer, por meio de sanções, um modelo específico de gestão setorial). É por isso que não tem que seguir critérios de lesividade ou perigo concreto, mas deve atender a considerações de afetação geral e estatística; também, não tem que ser tão estrito na imputação, nem

---

[71] BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico penal supraindividual.* Belo Horizonte: D´plácido, 2017, p. 103-107.

[72] ZUNINGA RODRIGUEZ, Luara. *Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿hacia una "administrativización" del derecho penal o una "penalización" del derecho administrativo sancionador?* In: ZAPATERO, Luis Alberto Arroyo. GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos : "in memorian".* Salamanca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1422-1423.

[73] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual.* Revista Liberdades, n° 1, maio- agosto de 2009, p. 17.

[74] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 236.

> mesmo na perseguição (governada por critérios de oportunidade e não de legalidade)[75].

Segundo Cerezo Mir, praticamente não havia diferença entre ilícito administrativo e penal no período do despotismo, o que somente começou a ocorrer com o liberalismo, o qual restringia o poder punitivo estatal mediante o princípio da legalidade. *Não é possível especificar uma diferença entre os interesses da Administração protegida pela Lei e o restante dos bens jurídicos.* Não haveria uma diferença qualitativa entre ilícito penal e administrativo[76].

Hungria afirma que *tem sido igualmente em vão a tentativa de uma distinção ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.* A diferença apenas atende a critérios de conveniência ou oportunidade de acordo com o interesse da sociedade e do Estado[77].

Considerando que o Direito Penal deve ser vocacionado para a proteção de bens jurídicos, na sociedade moderna do risco surgem novos bens jurídicos que podem ser resultado de novas realidades (como a proteção de instituições econômicas de crédito) ou a reavaliação de bens já existentes e que se tornaram escassos, como a proteção do meio ambiente. Por fim, há ainda o incremento de valores em face de mudanças sociais e culturais, para a proteção de realidade existentes como o patrimônio histórico-artístico[78].

Os novos riscos surgidos na sociedade moderna são resultado das mudanças econômicas rápidas e dos avanços tecnológicos sem precedentes, com incremento no bem-estar individual, mas também seguidos de riscos biológicos, genéticos, no âmbito da segurança de dados pessoais, dentre outros. Trata-se de uma sociedade tecnológica, marginalizante, onde os marginalizados

---

[75] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 121-125.

[76] CEREZO MIR, José. *CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL PARTE GENERALI Introducción.* Madrid: Tecnos, 2005, p. 51-60.

[77] HUNGRIA, Nélson. FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Comentários aos Código Penal. Volume I, Tomo II, 5ª edição.* Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 35.

[78] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 25.

tornam-se riscos pessoais e patrimoniais. Surgem novas formas de criminalidade, como os crimes informáticos[79].

A institucionalização da insegurança significa dizer que na sociedade do risco a incerteza é um componente da vida social, uma vez que os avanços tecnológicos, a atualização de novas substâncias (alimentos transgênicos, por exemplo) não permitem o seu conhecimento por completo e cujos efeitos podem se manifestar muito tempo depois de seu uso. Diante disso, os especialistas buscam não a neutralização dos riscos, mas a sua distribuição, contando com o maior número de participação pública para a tomada de decisão. Nesse contexto, os delitos de resultado se mostram inadequados para a proteção de bens jurídicos; voltam-se assim para o uso dos delitos de perigo. Subjetivamente, essa sociedade moderna de contínuas mudanças é caracterizada pela sensação de medo/insegurança, pois o acesso à informação é amplo, mas faltam critérios para diferenciar o bom, daquilo que é ruim, gerando na população incerteza, ansiedade, crescente desorientação, perda de referências valorativas objetivas[80] e insegurança[81]. Há uma demanda normativa de segurança não só para a proteção objetiva contra o risco, mas para assegurar também a confiança de que existe uma proteção contra os riscos, o que provoca uma constante expansão do Direito Penal voltado ao controle de novos perigos.

> O binômio insegurança de risco e, portanto, a aversão ao risco com a consequente aspiração à segurança, faz com que os indivíduos reivindiquem cada vez mais a prevenção do Estado contra o risco e a garantia de segurança. Diz-se que uma sociedade de risco, se algo se

---

[79] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 27-28.

[80] *En la postrimería del siglo XX, de la llamada tercera fase del capitalismo o de la segunda revolución industrial, se vive de forma intensa la desestructuración de toda idea de comunidad", de toda capacidad de autorepresentación social, de todo intento de determinación de los contenidos y de las identidades que definan vinculaciones sociales y opciones alternativas de la vida colectiva. La sociedad no es ya una comunidad de metas y fines colectivamente compartidos, sino uno agregado de individuos atomizados y narcisísticamente orientados hacia una infinita gratificación de los propios deseos e intereses.* SOUZA, Maria de Lourdes. *La individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura de Sousa Santos*. Cuadernos eletrónicos de Filosofia del Derecho, número 2-1999. Disponível em: https://www.uv.es/cefd/2/Souza.html. Acesso em 24/11/2017.

[81] *La lógica del mercado reclama individuos solos, móviles, pues éstos se encuentran en mejores condiciones para la competencia mercantil o laboral. De modo que, en esta línea, las nuevas realidades económicas, a las que se han unido importantes cambios ético-sociales, han ido dando lugar a una inestabilidad emocional-familiar que produce un vértigo adicional en el ámbito de las relaciones humanas* SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 28-33.

> caracteriza, é ter uma necessidade de segurança sempre crescente, bem como buscar sensações ou impressões de segurança[82].

O aumento da demanda por segurança impulsiona o Direito Penal a agir em áreas que não eram sua prioridade o instrumento flexível de intervenção do Estado, convertendo o Estado liberal em um modelo de Estado de prevenção/intervencionista, onde o Direito Penal deixa de ser reativo-repressivo para ser preventivo, com irreflexivo aumento da incriminação (tanto em qualidade quanto em quantidade) [83].

Embora não haja nessa sociedade do risco referenciais objetivos e prevaleça a multiplicidade de egoísmos, os reclamos de proteção decorrentes da angústia por segurança tornam o Direito Penal uma espécie de consenso para o reforçar a comunidade[84].

Ao se responsabilizar pela segurança de todos os setores da vida social (pública ou privada) o Estado faz com que a sociedade seja composta por classes de sujeitos passivos de todos os serviços que possam ser oferecidos na defesa das relações de consumo, domésticas, de saúde, de proteção do meio ambiente etc. Ocorre a diminuição dos limites da liberdade do cidadão (risco permitido), pois as liberdades se tornam perigosas: restrições ao porte de arma, *chips* limitadores de velocidade de veículos, são exemplos de restrições progressivas das esferas de atuação arriscada. Como a maioria dos riscos é de origem humana, os casos fortuitos (o azar, o imponderável) são transformados em injusto, tendo como consequência a ampliação do Direito Penal, partindo-se do pressuposto de que sempre há um responsável (pelo *delito) e não o azar ou uma força da natureza. De fato, se algo não pode ser explicado (...) totalmente, então deve ser imputado a alguém, seja para a sociedade como um todo, seja para um agente individual específico*[85].

---

[82] MENDOZA BUERGO, Blanca.*El Derecho Penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas ediciones SL, 2011, p. 31.
[83] MENDOZA BUERGO, Blanca.*El Derecho Penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas ediciones SL, 2011, p. 32-33.
[84] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 42.
[85] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 42-50.

Se a sociedade moderna é composta de classes passivas, surge o fenômeno de identificação social com a vítima, *onde própria instituição de punição como mecanismo para ajudar a vítima a superar o trauma gerado pelo crime*[86].

As demais instâncias de proteção usadas para solução dos problemas de insegurança e medo da sociedade do risco (Direito Administrativo, Civil) não cumprem o seu papel, são insuficientes, uma vez que *as sociedades modernas, em que por décadas os critérios tradicionais de avaliação do bem e do mal foram demolidos.* O Estado laico, prestador de serviços públicos (não possuidor de uma moral) e aliado ao individualismo/egoísmo do homem moderno, não é capaz de reprovar aquilo que é socialmente imoral, surgindo o Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social[87].

Na sociedade do risco, à medida em que este aumenta, também aumenta a percepção pública sobre eles, de modo que o desenvolvimento industrial de acordo com a técnica e economicamente adequado, passou de um quadro de prévia aprovação para um modelo de responsabilização criminal nos casos de danos e feitos catastróficos, muito embora os *critérios de estabelecimento do que é racional e seguro são sempre negociados, na esfera da administração pública e privada, na política, na ciência e no campo jurídico*[88].

A partir do momento em que existe autorização para a realização de atividades arriscadas, dentro de certos padrões de segurança, passa a existir a sensação de segurança e de legalização do risco, embora não se tenha certeza das consequências, cujo controle fica nas mãos de técnicos, que são os mesmos responsáveis pelo atual quadro de insegurança que eles não podem controlar.

A busca por segurança e pela prevenção dos riscos na sociedade moderna leva àquilo a que Machado chama de juridicização da opinião pública, marcada pela movimentação social por novas soluções/alternativas à crise de segurança e pelo uso do Direito Penal como tentativa de controle e normalização

---

[86] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 55.

[87] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 61-65.

[88] MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 75-76.

dos riscos[89]. Em verdade, a sociedade não abre mão dos benefícios e confortos da vida moderna, mesmo tendo consciência de que existem riscos, mas insiste em solucionar novos problemas com formas de controle tradicionais, de modo que o Direito Penal assume a tarefa de grande gestor dos riscos, estabelecendo os limites do lícito e do ilícito, alicerçado em estudos técnicos que muitas vezes não conseguem definir as dimensões do risco ou se valem de cálculos sobre o limite provável da tolerância humana a certos riscos, como no caso de exposição a certas energias (antenas de telefonia celular ou o consumo de alimentos transgênicos, por exemplo). Em outras palavras, a sociedade do risco é marcada pela insegurança, fruto da incerteza dos modernos processos de industrialização e de tecnologia, sendo que o Direito Penal é chamado para estabelecer uma sensação de segurança por meio de normas simbólicas e em prejuízo da liberdade[90].

No próximo tópico serão abordados de forma detalhada os efeitos da chamada sociedade moderna na configuração de um Direito Penal do risco, como meio de se evitar o maior número de condutas indesejadas possível.

1.3 Direito Penal do risco na sociedade moderna

O Direito é uma convenção social, existindo para disciplinar a convivência humana, sendo que no caso do seu ramo penal, a relação entre este e a sociedade exprime uma tensão antinômica derivada da própria essência da pena que atinge direitos fundamentais: ao mesmo tempo em que protege direitos fundamentais, o Direito Penal também os limita, sendo a imposição da pena um fato político por meio do qual se chega à compreensão normativa dos interesses sociais fundamentais e da fronteira das liberdades individuais[91].

A expansão do Direito Penal na sociedade moderna é realidade constante, na medida em que esse ramo é empregado de forma antecipada em

---

[89] MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 85-86.

[90] *El miedo condiciona la vida. La seguridad desplaza a la libertad y la igualdad del lugar preeminente que ocupaban en la escala de valores. Las leyes se endurecen y se convierten en un «totalitarismo antirriesgo» aparentemente raciona.* BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridade perdida.* Barcelona: Paidós, 2008, p. 26.

[91] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 31-32.

face das demandas por mais segurança, o que coloca em rota de colisão os princípios dogmáticos que estão na base de um Direito Penal de índole garantista e democrática (fragmentariedade, por exemplo) e a busca por respostas mais efetivas aos riscos produzidos no processo de modernização do mundo globalizado. Esses riscos foram produzidos de acordo com os padrões autorizados pela sociedade industrial, mas cujos efeitos são invisíveis e de difícil delimitação no tempo, no espaço e em relação aos atingidos[92].

O aumento da criminalidade é um fenômeno da sociedade moderna (do risco), em que a sensação de insegurança é potencializada pelos meios de comunicação e a coletividade se autocompreende como vítima, de modo que o Direito Penal se transforma em instrumento de garantias dos cidadãos uns contra os outros e não como meio de defesa contra o abuso do poder estatal. Consequências desse modelo de intervenção estatal é a crise de efetividade do Direito Penal na forma de discursos emergenciais: criação de novos tipos penais, redução da maioridade penal são exemplos da perda do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal[93].

Com o surgimento do Estado de bem-estar, os conceitos de liberdade e segurança se associaram às garantias promovidas pelo Estado, de modo que a demanda por segurança foi lentamente superando o interesse por liberdade. Logo, pode-se notar que o Direito Penal deveria ser acionado para colocar em equilíbrio esses dois conceitos e não para a supremacia de um sobre o outro.

A ideia de liberdade (fruto das revoluções liberais) é mais antiga do que a segurança (nascida das revoluções sociais) e de acordo com Bergalli, possui três sentidos: *exercício de uma liberdade natural, de outra liberdade racional e de liberdade emancipatória.* A liberdade natural é aquela atrelada aos instintos naturais do homem, o qual deve superar todos os obstáculos para satisfazer seus apetites, pressupondo assim força sobre seus semelhantes. A liberdade racional é uma liberdade no Estado, uma consciência da história que permite que ações do homem sejam dirigidas a um fim. A liberdade emancipatória permite que o homem possa escolher, expressar e difundir seus

---

[92] Se pode colocar em quarentena grupos inteiros de países? BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paidós, 2002, p12.

[93] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro.* Revista da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103, Jan/dez 2008, p. 412-413.

próprios valores. Já o conceito de segurança na modernidade está relacionado com a noção de risco, enquanto na pré-modernidade tinha o sentido de ordenação[94].

A sociedade atual é marcada pelo medo resultante de erros sistêmicos não pretendidos, representativos de forças destrutivas incompreensíveis, cujo perigo vence toda a resistência. *O sistema industrial global está à mercê da "natureza" industrialmente integrada e contaminada*[95]. A natureza se torna um fenômeno interior ao processo industrial, cujas ameaças o homem não consegue controlar. Tais riscos não são uma contradição do sistema produtivo moderno, mas expressão das forças produtivas.

O paradigma da sociedade do risco é saber como evitar, minimizar os riscos e perigos que são produzidos sistematicamente no processo de modernização e limitá-los de modo que não impeçam esse processo, nem se tornem insuportáveis. *As questões do desenvolvimento e aplicação de tecnologias (...) são substituídas por questões de «gestão» política e científica dos riscos das tecnologias...* , os quais fazem crescer as promessas por segurança por meio de intervenções cosméticas[96]. Os riscos existentes na sociedade moderna são diferentes do passado por serem globais, imperceptíveis e agravados pelo desenvolvimento tecnológico.

Dessa forma, Beck sustenta cinco teses que caracterizam a arquitetura moderna da autoameaça civilizatória[97]:

- os riscos resultantes das forças produtivas fogem da percepção humana imediata, são sistemáticos, irreversíveis, invisíveis (radiação, agrotóxicos, entre outros);

- diferentemente da repartição desigual das riquezas, as situações sociais de perigo mais cedo ou mais tarde acabam afetando aqueles que se beneficiam dos riscos da modernização, como um efeito bumerangue;

---

[94] BERGALLI, Roberto. *Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía.*In: LOSANO, Mario G. MUÑOZ CONDE, Francisco (Coordinadores). EL DERECHO ANTE LA GLOBALIZACION Y EL TERRORISMO. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 61-63.
[95] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paidós, 2002, p.13.
[96] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paidós, 2002, p. 26.
[97] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paidós, 2002, p. 28-30.

- ausência de rompimento da lógica do desenvolvimento capitalista, cujos riscos são um grande negócio; *os riscos da civilização são um barril de necessidades sem fundo, infinito, infinito, auto-instalável.*

- difusão do conhecimento da existência de riscos em sociedade, o que assume um potencial político;

- na sociedade do risco, a opinião pública passa a interferir no âmbito empresarial sobre a definição dos riscos, com efeitos sobre controles burocráticos, sobre o mercado.

Nesse contexto, Beck chama a atenção para aquilo que ele chama de perda do pensamento social, o qual é caracterizado pela ausência de atenção social para os efeitos nocivos sobre a saúde, provocados pelos danos ao meio ambiente e pela destruição da natureza por meio dos processos de modernização. São perigos invisíveis, não percebíveis pelos sentidos de forma imediata (radiação ou uso de agrotóxicos em alimentos, por exemplo) que afetam a todos, sem distinção de fronteira ou classe social. Em um horizonte normativo de segurança perdida, os riscos são incalculáveis e imprevisíveis. A racionalidade científica é afetada pela racionalidade social, na medida em que as ciências abandonam seus fundamentos de lógica experimental, para contrair matrimônio com a economia, a política e a ética[98].

A urgência, o alcance e a existência dos riscos variam de acordo com os valores e interesses presentes em sociedade, na qual o efeito das definições de risco não depende de consistência científica, pois na sociedade moderna os riscos não são normalmente isoláveis, mas são interdependentes e produzidos pelos diversos atores sociais, com autorização do Estado (uso de agrotóxicos, por exemplo). Dessa forma, é preciso evitar os chamados efeitos secundários latentes ou a aplicação do princípio do *in dubio pro progressu*, por meio do qual aqueles riscos até então invisíveis e não queridos são legitimados, pois foram produzidos na melhor das intenções[99].

Tem-se nesse ponto um Direito Penal de emergência, cujas normas são inicialmente provisórias, mas acabam se incorporando ao ordenamento

---

[98] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paidós, 2002, p 31-35.
[99] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paidós, 2002, p 40.

jurídico definitivamente e que é marcado pela falta de homogeneidade e coerência, pelo improviso e pela pressão da opinião pública, com promoção do aumento do rigor repressivo, diminuição de garantias processuais, transformação da magistratura em protagonista na luta contra o crime, violação do princípio da legalidade por meio de tipos abertos e indeterminados (linguagem prolixa e ambígua). A expansão do Direito Penal por si só não é causa de sua ilegitimidade, mas apenas quando se transforma em Direito Penal de emergência[100].

Considerando que os riscos na sociedade moderna são de origem humana, que em princípio poderiam ser controlados ou de certa forma conduzidos, o Direito Penal surge como meio de minimizar a insegurança, *excluindo já em fases antecipadas certas classes de comportamentos que poderiam ser iniciadores de perigos*[101].

A escolha do Direito Penal como forma de garantia de segurança seria decorrente de sua máxima severidade e sua suposta efetividade, de modo que quanto mais grave é o dano temido, mais dura deve ser a resposta penal. O modelo sociológico de risco vem ampliando o âmbito de influência do Direito Penal como "meio adequado" para a solução dos novos riscos, mesmo que essa tendência venha a trazer riscos negativos para o sistema, como excesso de intervenção estatal na vida privada. Como fatores determinantes dessa "supremacia" do Direito Penal para a solução de riscos, podem ser citados o progresso técnico e científico (fabricação, distribuição e utilização de produtos potencialmente perigosos), a antecipação de barreiras de punibilidade que não seriam suficientes por meio do Direito Administrativo e a globalização ou transnacionalização de certos tipos de crime (tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, criminalidade organizada, por exemplo). Surge então uma tendência de redefinir acontecimentos lesivos não como acidentes, mas como injustos (penais), o que favoreceria a imputação do risco/lesão a autores individuais[102].

---

[100] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro.* Revista da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103, Jan/dez 2008, p. 423-427.

[101] MENDOZA BUERGO, Blanca.*El Derecho Penal em la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas ediciones SL, 2011, p. 35.

[102] MENDOZA BUERGO, Blanca.*El Derecho Penal em la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas ediciones SL, 2011, p. 41-43.

Prittwitz, por seu turno, critica a ideia de que o Direito é a solução para os problemas da atualidade, afirmando que a ideia de Estado de Direito não tem nada com a realidade, pois as respostas para os problemas atuais não devem ser esperadas do Direito, mas do mundo político, econômico e tecnológico. Considerando que o Direito é orientado ao passado, ele seria inadequado para buscar respostas para o futuro, apenas poderia contribuir com novos elementos procedimentais[103].

O Direito Penal não serve para a luta contra os perigos e riscos da sociedade moderna, pois está perdendo seu caráter, perfil, função e legitimidade, uma vez que[104]:

- esse ramo é orientado a buscar a responsabilidade subjetiva por atividade ilícitas e danosas ocorridas no passado e não direcionado ao futuro;

- considerando que na sociedade do risco os riscos e danos têm causalidade difusa, o Direito Penal não seria um bom candidato a fornecer respostas aptas para a solução desses problemas da sociedade moderna;

- o Direito Penal, por meio do princípio da culpabilidade, é voltado para o indivíduo, ao passo que o problema da sociedade do risco não teria em primeiro lugar o indivíduo;

- na sociedade do risco, os danos possuem causas sistêmicas e não comportamento individualmente desviados;

- o Direito Penal é também uma forma de lesão de direitos fundamentais (restrição da liberdade ou pena de morte em alguns países) daqueles cidadãos que ele deve proteger;

- o Direito Penal é marcado por uma dicotomia bem/mal e os problemas da sociedade do risco não advêm de más condutas, mas de perigos.

A partir do momento em que a sociedade moderna sabe que os riscos a que ela está exposta são fruto de decisões humanas tomadas em um contexto sistêmico, mas que não há disposição para mudança, o Direito Penal acaba

---

[103] PRITTWITZ, Cornelius. *La función del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo. Defensa de un rol necesariamente modesto.* In: AMBOS, Kai (Dir.); BÖHM, María Laura. *Desarrolos actuales de las ciencias criminales en Alemania.* Bogotá-Colombia: Editorial Temis SA , 2012, p. 53-56.

[104] PRITTWITZ, Cornelius. *La función del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo. Defensa de un rol necesariamente modesto.* In: AMBOS, Kai (Dir.); BÖHM, María Laura. *Desarrolos actuales de las ciencias criminales en Alemania.* Bogotá-Colombia: Editorial Temis SA , 2012, p. 59-60.

impedindo que se mostre o que é necessário para a solução do problema, intencionalmente ou não, está postergando a aceitação da realidade[105].

1.3.1 Aspectos políticos criminais da sociedade do risco

Em uma sociedade do risco, a política criminal é voltada para a prevenção do delito por meio de crimes de perigo abstrato em face dos novos jurídicos coletivos de conteúdo vago que surgem nesse ambiente. Esse bens Direito Penal do risco protege mais e distintos bens, em estágio prévio à lesão do bem jurídico, o que provoca uma flexibilização de princípios clássicos (como a fragmentariedade, da necessidade, da adequação e da intervenção mínima), com o escopo de se minimizar a insegurança, mesmo que haja a possibilidade de se transformar em uma legislação simbólica. Trata-se de impedir o pior e não assegurar o bem-estar dos indivíduos:

> Assim, afirma-se a esse respeito que na política criminal, a característica da sociedade de risco, já mencionada, teria uma influência absolutamente decisiva no sentimento de falta de segurança subjetiva, o que provocaria a reação de agir por meio do direito penal como meio "calmante" de tal percepção de insegurança; e isto independentemente de ser uma defesa contra perigos sempre reais e não meramente fictícios ou que é a melhor maneira de combatê-los ou neutralizá-los[106].

A ampliação da tutela penal[107] deve se adequar ao novo modelo de sociedade, ou seja, com os novos riscos criados pela modernidade, o Direito Penal clássico (voltado para o passado) não teria condições de dar respostas a essa nova sistemática, motivo pelo qual o Direito Penal moderno (do risco) atuaria de forma mais preventiva. Como consequência desse quadro, pode ser citado como exemplo a forma de imputação de responsabilidade, que no padrão

---

[105] PRITTWITZ, Cornelius. *La función del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo. Defensa de un rol necesariamente modesto.* In: AMBOS, Kai (Dir.); BÖHM, María Laura. *Desarrolos actuales de las ciencias criminales en Alemania.* Bogotá-Colombia: Editorial Temis SA , 2012, p. 61.

[106] MENDOZA BUERGO, Blanca.*El Derecho Penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas ediciones SL, 2011, p. 45-46.

[107] Segundo Prittwitz, o Direito Penal do risco se caracteriza porque o comportamento tipificado não se considera como socialmente inadequado, mas por ser socialmente desvalorizado, em que a conduta se torna perigosa pelo efeito da acumulação. PRITTTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y Derecho penal.* In: DIAS, Jorge Figueiredo; GOMES, Alfonso Serrano; LIFSHITZ, Sergio Polioff; et al.. (dirección). *El pensamento liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología.* Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p. 151.

clássico é individual em face de condutas cujos resultados eram previsíveis, ao passo que em face dos riscos da sociedade moderna, o Direito Penal deve se adaptar a situações em que a definição de responsabilidade individual é dificultada pela complexidade das organizações e dos atos praticados, cujos efeitos são muitas vezes imperceptíveis e diluídos em uma cadeia de comando altamente técnica.

Machado afirma que a pressão da sociedade do risco sobre o Direito Penal em face da percepção dos fenômenos que a atinge emerge ao lado de uma tendência de se orientar o discurso dogmático penal à realidade dos problemas sociais, com uma maior integração dos valores materiais da política criminal com a teoria do delito, gerando um sistema penal mais aberto às influências sociais. É por meio da política criminal que se encontra a abertura para o estudo dos riscos sociais e das possíveis respostas aos mesmos. Não se espera mais do Direito Penal uma função minimalista de proteção de bens jurídicos, mas de garantidor da vida comunitária e das gerações futuras[108].

As mudanças no Direito Penal de índole liberal são sentidas quando da conversão dos complexos fenômenos sociais em uma linguagem jurídica e com o surgimento de incompatibilidades entre o sistema clássico e a demanda por adequação aos novos problemas da sociedade do risco. Essas incompatibilidades podem ser apontadas pelo caráter global dos riscos e o modelo nacional do Direito Penal, as ameaças a grupos indeterminados e o aparato penal voltado para bens jurídicos individuais e para a individualização de responsabilidades. Afasta-se do modelo do Direito Penal de resultado, para a busca de um modelo preventivo, uma vez que os danos são incalculáveis na sociedade global[109].

Mendoza Buergo faz alusão à flexibilização do Direito Penal como elemento de intervenção estatal para controle de grandes problemas sociais, com abandono da tarefa de assegurar um mínimo ético, *passando assim da punição de danos específicos de bens jurídicos à prevenção em grande escala*

---

[108] MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 92-95.
[109] MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 96-97.

de situações problemáticas. Trata-se da funcionalização do Direito Penal, ou seja, seu uso para fins político-criminais[110].

Ainda há o questionamento se a pena teria condições de prevenir os novos riscos, por ter como fundamentação a prevenção geral positiva[111]. Nesse ponto, Hassemer afirma que a moderna sociedade do risco não pode *aceitar seus perigos ou "riscos de modernização", mas precisa de um "nexo causal e, ao mesmo tempo, uma responsabilidade legal e social".*

A teoria da prevenção geral positiva ganha aspectos funcionalistas[112] ao atuar sobre expectativas frustradas em sociedade e para orientar e estabilizar a complexa sociedade do risco[113]. Prossegue Hassemer que *o direito penal em sua forma jurídica liberal é pouco apropriado para delinear objetivos políticos, orientando áreas de problemas e evitando situações perigosas*, devendo esse ramo do Direito ser voltado ao passado, para a prevenção eficaz[114] do fato típico, com culpabilidade individual e não para objetivos flexíveis ou abertos ao futuro, para a solução de conflitos[115].

Nessa linha, o Direito Penal do risco não seria efetivo no controle global, ou seja, não é capaz de prevenir condutas consideradas de risco pela

---

[110] MENDOZA BUERGO, Blanca.*El Derecho Penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas ediciones SL, 2011, p. 50-51.

[111] MENDOZA BUERGO, Blanca.*El Derecho Penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas ediciones SL, 2011, p. 52.

[112] *...la vida en sociedad sea factible cada uno debe poder dotar de seguridad a sus expectativas, y dado que una seguridad cognitiva sólo sería imaginable en un mundo petrificado al modo de un museo, en la vida social las expectativas deben ser aseguradas normativamente; es decir, a quienes depositan su confianza en las normas por las que se rige la vida social se les confirma que su confianza es correcta y que quien comete el error es quien defrauda la expectativa, o sea, el autor. Así entendido, el contenido de la pena no lo conforma el que el autor no vuelva a delinquir en el futuro, ni mucho menos que nadie delinca, sino únicamente que es correcto confiar en la vigencia de la norma.* JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal.* Madrid: Editorial Civitas SA, 1997, p. 128.

[113] HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal simbólico e protección de bienes jurídicos.* In: RAMÍREZ, Juan Bustos. *Pena y Estado. Función simbólica de la pena.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995, p. 33.

[114] *En opinión doctrinal unánime, compartida incluso por los adalides del neo-retribucionismo. el sistema penal debe orientarse hoy hacia la prevención y la disuasión. Sin embargo, datos abrumadores, fruto de la investigación empírica, impiden el optimismo respecto a la eficacia preventiva. Asistimos, pues, a la quiebra de la credibilidad de los fines manifiestos del sistema penal, lo que nos empuja, ineludiblemente, a la reflexión sobre sus fines latentes u ocultos, a la reflexión sobre sus funciones materiales y no ideológicas.* TERRADILOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal. In: RAMÍREZ, Juan Bustos. *Pena y Estado. Función simbólica de la pena.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995, p. 09.

[115] HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal simbólico e protección de bienes jurídicos.* In: RAMÍREZ, Juan Bustos. *Pena y Estado. Función simbólica de la pena.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995, p. 34.

sociedade moderna, mas se torna alvo de críticas por se apresentar simbólico e afastado de seus princípios limitadores, *não tanto para a proteção real dos bens jurídicos, mas para alcançar objetivos políticos mais amplos, como atender a uma necessidade de intervenção e resposta* que por fim manifesta um crise de uma política criminal simbólica orientada a consequências (proteção de bens jurídicos universais difusos) , que não consegue uma segurança real. A solução estatal fica no plano do normativo e não no fático, uma falsa aparência de efetividade[116].

Na sociedade do risco não se considera a capacidade real do Direito Penal para tutelar os bens jurídicos eleitos, nem se esses deveriam ser necessariamente tutelados pelo Direito Penal, com consequente desintegração deste[117]. No mesmo sentido, Baratta afirma que a teoria da prevenção geral positiva é uma teoria da função simbólica do Direito Penal, marcada pela expressão dos valores assumidos pelo ordenamento e confirmação de validez das normas, independentemente da quantidade de infrações e de sua redução. As normas penais não teriam como função principal a proteção de bens jurídicos (teoria da prevenção-integração), mas servem de meio de representação (simbólica) do sistema:

> Funções simbólicas tendem a prevalecer sobre funções instrumentais. O déficit de proteção real dos bens jurídicos é compensado pela criação, no público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que têm uma base real cada vez mais escassa: na verdade, as normas continuam a ser violadas e o número obscuro de infrações permanece extremamente alto, enquanto as agências de controle criminal continuam a se medir com tarefas instrumentais impossíveis de realizar devido a este fato...[118]

---

[116] *Un Derecho Penal simbólico que ceda sus funciones manifiestas en favor de las latentes traiciona los principios de un Derecho penal liberal, especialmente de protección de bienes jurídicos y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia.* HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal simbólico e protección de bienes jurídicos.* In: RAMÍREZ, Juan Bustos. *Pena y Estado. Función simbólica de la pena.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995, p. 36.

[117] MENDOZA BUERGO, Blanca.*El Derecho Penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas ediciones SL, 2011, p. 55-57.

[118] BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica.* In: RAMÍREZ, Juan Bustos. *Pena y Estado. Función simbólica de la pena.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995, p. 56-52-53.

Apesar das críticas à função simbólica do Direito Penal, Terradilos Basoco esclarece que a eficácia instrumental desse ramo do Direito reside em prevenir certos comportamentos, de modo que o simbolismo serviria para comunicar significados valorizantes ou desvalorizantes em certos contextos sociais para o indivíduo ou para o coletivo. Não se pode separar a função simbólica da instrumental, uma vez que a eficácia protetora de bens jurídicos é reforçada quando uma conduta é axiologicamente desvalorizada e elevada à categoria de delito, sendo que desvalorização é reforçada pela possibilidade de aplicação da pena. Todavia, o simbolismo penal torna-se negativo quando ocorre a ineficácia de suas cominações, incapaz de cumprir sua tarefa de proteção de bens jurídicos, caindo por fim em descrédito social[119].

Face aos questionamentos sobre a eficácia do Direito Penal como meio hábil de garantir segurança, Mendoza aponta três posições para a solução do problema. A primeira consiste na aplicação do Direito Penal clássico às novas realidades quando for possível, sem que se abra mão dos princípios garantistas. Uma segunda posição propõe uma flexibilização dos instrumentos dogmáticos do Direito Penal, de suas regras e princípios aos novos tempos. A terceira apresenta uma renúncia à expansão do Direito Penal, para que não ocorra uma perda de identidade[120].

Kindhäuser afirma que a vida na sociedade moderna implica uma série de riscos que conduzem a inseguranças, cujas vantagens e desvantagens de certas condutas (arriscadas) são reguladas pelo Direito, em especial pelo Direito Penal, por meio de sanções e *observância dos valores limite para os riscos socialmente tolerados.* Dessa forma, os temores individuais e coletivos seriam amenizados pela necessidade de prevenção por meio do Direito Penal, uma vez que os outros ramos do Direito seriam insuficientes para garantir dita proteção. Entretanto, diferenciando o Direito Penal administrativo (*prevê multas para pessoas físicas e empresas que violem as regras que servem à proteção da segurança pública e da ordem*) daquele em sentido estrito (*aquele responsável por a censura ético-social e a possibilidade de privação de*

---

[119] TERRADILOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del *Derecho Penal*. In: RAMÍREZ, Juan Bustos. *Pena y Estado. Función simbólica de la pena.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995, p. 10.

[120] MENDOZA BUERGO, Blanca.*El Derecho Penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas ediciones SL, 2011, p. 61.

liberdade, o direito penal é visto como um direito sancionatório mais intenso...), Kindhäuser entende que este último (sentido estrito) não pode ser direcionado aos casos cujo conteúdo de injusto e de culpabilidade seja demasiado pequeno, pois o castigo da pena criminal seria ilegítimo[121].

Nessa esteira, são tendências da política criminal do risco a ampliação da tutela de bens jurídicos supraindividuais, a antecipação da tutela penal, mediante o uso de crimes de perigo abstrato, a modificação do conceito de culpabilidade para abranger também as pessoas jurídicas, o uso de tipos penais indeterminados e as normas penais em branco[122].

1.3.2 Direito Penal do risco e crimes de perigo

O Direito Penal como uma ciência social, inevitavelmente é sujeito a mudanças diante do progresso técnico da sociedade e seus múltiplos perigos, daí a expansão dos delitos de perigo abstrato na moderna sociedade, uma vez que o objetivo é garantir a segurança e não punir danos concretos. *O Direito penal da segurança é entendido, então, como uma das condições de estabilidade dessa forma de organização social*[123].

Kindhäuser parte da ideia de que o risco é um perigo endógeno que se deseja controlar mediante a observância de regras que permitam conhecer e calcular os danos. Entretanto, o ser humano é o elemento de insegurança na sociedade do risco, daí a necessidade de que o homem seja governado e controlado socialmente por normas, para integrá-lo a uma disciplina de segurança. Com isso, surge o Direito Penal como instrumento de controle social mais intenso e formal para garantia da segurança em sociedade[124], com a flexibilização de sua estrutura dogmática tradicional, sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

---

[121] KINDHÄUSER, Urs. POLAINO-ORTS, Miguel. *Normativismo en el Derecho Penal. Estudios de dogmática jurídico-penal.* Resistência: Contexto libros, 2011, p. 238-40.
[122] MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 99.
[123] KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo*. Cuadernos de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, febrero de 2014, p. 17
[124] KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo*. Cuadernos de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, febrero de 2014, p. 17.

Em uma sociedade do risco, na qual danos podem ser catastróficos, os delitos de perigo, em especial os de perigo abstrato, assumem especial importância, pois visam punir a simples realização de uma conduta perigosa, sem que ocorra efetivo perigo ao bem jurídico, em que o juízo de perigo é estabelecido *ex ante*, por meio de um juízo hipotético do legislador (mera probabilidade), ou seja, o perigo é a razão de ser do delito, de acordo com a ideia de proteção de bens jurídicos supraindividuais em face dos novos riscos tecnológicos[125]. Dessa forma, o perigo incerto resultante dos avanços científicos levaria à criação de uma nova espécie de delito: delitos de risco[126].

A utilização do recurso de crimes de perigo abstrato para a prevenção de danos em grande escala e proteção de bens jurídicos supraindividuais amplia a resposta penal[127] e diminui os requisitos de punibilidade e eventuais situações de lacuna provocadas pela evolução tecnológica, de modo que:

> a legitimidade do perigo abstrato residiria na premissa de que um bem sobre o qual não se pode dispor de forma despreocupada não é racionalmente aproveitável em sua totalidade. Segundo essa linha de argumentação, seria possível concluir que na sociedade do risco própria segurança se converteu em bem jurídico e, portanto, a antecipação da tutela legitima-se[128].

O objetivo de suprimir lacunas frente a novas situações de ameaça também atende ao anseio de se evitar a produção do resultado lesivo de modo imprudente e garantir maior sensação de segurança:

> As novas condenações criminais incriminam quase exclusivamente comportamentos aos quais os perigos estão associados, principalmente perigos abstratos, geralmente atribuídos a tal técnica a característica de atar a punibilidade apenas ao desempenho de um determinado comportamento que o legislador descreveu no tipo, sem normalmente é discutido no momento da aplicação da regra, se tal atividade é realmente perigosa, mas que pretende ser apenas um

---

[125] Machado cita como exemplo o artigo 31 da lei 9605/1998, que prevê como crime *introduzir espécime animal no país, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente*. MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 130-132.

[126] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien Jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 403.

[127] Buergo faz menção também ao uso de outras formas de ampliação da resposta penal, como por exemplo os delitos de empreendimento ou de consumação antecipada, punição de atos preparatórios. MENDOZA BUERGO, Blanca.*El Derecho Penal em la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas ediciones SL, 2011, p. 78.

[128] Machado cita como exemplo o artigo 31 da lei 9605/1998, que prevê como crime *introduzir espécime animal no país, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente*. MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 134.

> elemento da avaliação feita pelo legislador no momento da criação da norma[129].

Entretanto, é preciso registrar que a prática de condutas arriscadas não se tornou proibida em absoluto nas sociedades industriais, pois do contrário ocorreria o engessamento da vida moderna. A condução de veículos em autoestradas ou mesmo nas ruas de uma cidade ou o transporte de passageiros por via aérea não estão, evidentemente, no mesmo nível da manipulação de substâncias radioativas, mas não deixam ser perigosas. É preciso enxergar que existe um espaço para o risco permitido em Direito Penal, como forma de exclusão da responsabilidade.

A ampliação do âmbito do punível, com a antecipação da proteção do bem jurídico em face de condutas representativas de perigos abstratos acaba por provocar uma volatização do bem jurídico e sua redução a mera proteção de sentimentos (expectativa de segurança na sociedade do risco) . Essa produção antecipada tem sua origem no princípio da precaução, em que o perigo é incerto[130].

Nesse contexto de sociedade do risco, Alonso Álamo diferencia a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais ou coletivos) em relação aos riscos biotecnológicos (maior antecipação da proteção), a situação dos delitos de acumulação nos casos de crimes contra o meio ambiente e aqueles casos de discurso de ódio (sentimentos coletivos) [131].

No caso de proteção antecipada de bens jurídicos preexistentes prevalece o sentimento de medo, pois existiriam situações em que o perigo é incerto, de acordo com conhecimentos científicos atuais, diferentemente dos crimes de perigo abstrato puro (cujo perigo é conhecido), mas ambos se assemelham, pois se referem à desobediência de uma norma ou à falta de autorização administrativa, que podem atentar contra bens jurídicos fundamentais. Com isso, caberia ao Direito Administrativo e não ao Direito Penal aplicar sanções, pois não é justificável a imposição da pena diante de situações

---

[129] MENDOZA BUERGO, Blanca.*El Derecho Penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas ediciones SL, 2011, p. 79.
[130] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien Jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 405-407.
[131] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien Jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 405-407.

de incerteza, o que levaria a aceitar a existência de um bem jurídico aparente, não real (não há desvalor da ação, nem do resultado)[132].

Nos casos de delitos de acumulação, são punidas certas condutas insignificantes em si, mas que repetidas ou se somadas a outras do mesmo tipo, podem vulnerar o bem jurídico. Para que haja intervenção penal é necessário que os efeitos cumulativos sejam reais e não de perigo incerto, bem como a ação não seja insignificante em contexto de unificação com outras que sejam consideradas perigosas. Os delitos por acumulação se diferenciam dos delitos de conduta reiterada, pois estes não exigem que sejam praticados pelo mesmo autor e a singularidade da reiteração não é atual, mas um indício para o futuro[133].

Já nos delitos de opinião como no caso do negacionismo, justificação do genocídio e da apologia ao terrorismo ocorreria uma antecipação exagerada da proteção do bem jurídico supraindividual (diversidade de grupos ou coletividades), com lesão ao direito de livre expressão, que só poderia ser suprimida em casos de incitação ao genocídio ou ao terrorismo ou lesão à honra de grupos ou coletividades, bem como condutas objetivamente direcionadas a por fim à paz pública ou ao Estado[134].

Os questionamentos aumentam na medida em que o aparato do Direito Penal se mostra ineficaz para garantir a segurança social almejada, com evidentes custos negativos para princípios consagrados do Direito Penal liberal, como é o caso da culpabilidade, conforme anteriormente demonstrado.

Ao ser utilizado como uma reação aos riscos e inseguranças da orientação social moderna, o Direito Penal deixa de ter uma função de proteção de bens jurídicos para ter uma função sistêmica de garantia da existência humana pelo Estado, na qual o homem moderno deixa seu destino nas mãos de políticas públicas, porque não é capaz de entender a complexidade e os riscos a que estaria sujeito em um mundo globalizado.

Esse excesso de intervenção do Estado *proteger a segurança e contra os perigos abstratos pode prejudicar a liberdade, a autonomia e a*

---

[132] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien Jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 408-409.
[133] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien Jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 415-416.
[134] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien Jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 417-418.

autorregulação social dos cidadãos, provoca uma indiferença recíproca entre Direito e sociedade, com a desintegração de ambos. No caso específico do Direito Penal, ocorre a perda de sua credibilidade, pois não consegue atender às excessivas expectativas sociais, uma vez que os programas políticos e as mudanças sociais não se encaixam nas estruturas próprias do Direito. Por outro lado, a desintegração social por meio do Direito representa uma exigência cada vez maior para a intervenção penal, um excesso de regulação jurídica da sociedade, incapaz de se responsabilizar e organizar.

1.3.3 A busca da segurança por meio do Direito Penal

O Direito Penal do risco é fruto de uma sociedade que tem por objetivo garantir a segurança dos cidadãos[135] em face dos imprevisíveis e incontroláveis riscos decorrentes dos avanços tecnológicos da modernidade, cujas condições de estabilidade seriam mantidas por meio daquele ramo do Direito.

Kindhäuser entende como razoável o uso do Direito Penal para garantir segurança na sociedade do risco, partindo da ideia de que o risco é endógeno àquele modelo de sociedade e que o homem é um fator de insegurança. Entretanto, devem ser observados certos limites para se garantir a legitimidade da intervenção penal. Considerando que a pena é um grave mal imposto a alguém, devem ser impostas barreiras, como a proibição do uso de analogia, que não pode ser utilizado para evitar perigos ameaçadores (é uma reação após o fato), proibição da redução de exigência probatórias e da observância do princípio da proporcionalidade. Além disso, esse Direito Penal precisa estar voltado para a proteção de bens jurídicos, bem como deve levar em conta o princípio da culpabilidade (imputação subjetiva de todos os elementos do injusto e sua vinculação com o dano)[136].

---

[135] Interessante a observação de Bechara, segundo a qual a exacerbação da função de prevenção por meio do Direito Penal debilita o princípio da legalidade e da dignidade da pessoa humana. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro.* Revista da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103, Jan/dez 2008, p. 420.

[136] KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo*. Cuadernos de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, febrero de 2014, p. 18-19.

Prossegue Kindhäuser apontado os seguintes pontos de fricção existentes dentro do Direito Penal da segurança[137]:

- diminuição das regras probatórias no que se refere ao conhecimento do autor sobre todos os elementos do injusto[138];

- renúncia à proteção de bens jurídicos individuais (evitar moléstias sociais);

- renúncia aos fins tradicionais da pena, uma vez que o objetivo é a estabilização da norma por meio da fidelidade ao Direito;

- dificuldade de provar a culpabilidade do indivíduo, por causa da complexidade de certas questões técnicas e pela falta do nexo de proximidade entre autor e vítima;

- induzimento a uma legislação simbólica;

- o ser humano não é digno de confiança, uma vez que o potencial de medo existente entre os cidadãos impõe que todos se enxerguem como possíveis inimigos capazes de atos perigosos.

Para Jakobs, o Direito Penal age conformando a identidade social quando pune condutas que contradizem as normas determinantes da sociedade, de modo que o delito é um defeito de comunicação (a sociedade é a construção de um contexto de comunicação) e a imposição da pena é a confirmação da identidade social sobre o infrator da norma[139]. Nessa linha, o Direito Penal garante expectativas sociais, apesar da existência de âmbitos de liberdade, uma vez que a constituição da sociedade se dá por meio de normas, salientando que:

> Há uma dependência recíproca entre a sociedade e o direito penal: pode-se pedir ao direito penal que se empenhe em assumir novos problemas sociais, até que o sistema legal atinja uma complexidade adequada em relação ao sistema social da mesma forma que o direito penal inverso lembrar à sociedade que certas máximas consideradas indisponíveis devem ser levadas em conta[140].

---

[137] KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo*. Cuadernos de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, febrero de 2014, p. 19.

[138] *Para eludir esas dificultades la legislación se vale de dos trucos. El primero, consiste en extraer de la conexión entre imputación y culpabilidad elementos del injusto del hecho para tratarlos como condiciones objetivas de punibilidad. El segundo, conlleva la creación de delitos en los cuales, simple y llanamente, faltan elementos esenciales del injusto que debe ser evitado*. KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la seguridad. Los peligros del Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Cuadernos de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, febrero de 2014, p. 20.

[139] JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.* Madrid: Editorial Civitas SA, 1996, p. 18-19.

[140] JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional.* Madrid: Editorial Civitas SA, 1996, p. 22-24.

Sob a ótica da ciência do Direito Penal, nem todo processo de comunicação social sob essa rubrica necessariamente pertence ao conceito de Direito Penal, caso não siga as exigências dessa ciência, devendo-se levar em conta que *é verdade que nem todo apelo ao legislador criminal é legítimo, mas nem conceitos criminais reducionistas, (...) constituem modelos sociais legítimos (mas utopias)*[141].

A partir do momento em que a sociedade é consciente dos riscos que ela mesma produz, surge a exigência de imposição de penas de forma preventiva, perceptível e efetiva. Um fato de natureza penal não poderia ser caracterizado por uma lesão a bens, mas como uma lesão à norma que representa as expectativas sociais:

> Novamente em paralelo ao acima, a penalidade não pode ser referida à segurança das mercadorias ou algo semelhante; a segurança de bens ou a prevenção de crimes são encontrados com respeito a punição em um relacionamento excessivamente elástico para poder passar por funções do mesmo. A penalidade deve ser entendida antes como marginalização do fato em seu significado prejudicial à norma e, assim, como confirmação de que a estabilidade normativa da sociedade permanece inalterada; a penalidade é a confirmação da identidade da sociedade, isto é, da estabilidade normativa, e com a punição isso - se é desejado - é alcançado - fim da sentença sempre[142].

A função de prevenção geral positiva da pena em um contexto funcionalista confirma a identidade e a estabilidade social com a exclusão da aceitação de certos comportamentos considerados marginais, de modo que os efeitos dessa função são dirigidos a todos os cidadãos (participantes da comunicação em sociedade), que devem se comportar de acordo com as expectativas sociais ou fidelidade ao Direito. A ofensa à segurança de um, corresponde à diminuição da segurança de todos em sociedade, o que justificaria a intervenção penal. Por outro lado, a vida em sociedade exige uma certa dose de segurança cognitiva, ou seja, conhecimento de que os bens jurídicos de uma pessoa não serão alvo de lesão (furto, roubo, homicídio etc.), para que haja uma sensação de bem-estar (manter suas expectativas em relação ao comportamento do outro e também se comportar de acordo com as

---

[141] JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedade.* Madrid: Editorial Civitas SA, 2004, p. 27.
[142] JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedade.* Madrid: Editorial Civitas SA, 2004, p. 41.

expectativas sociais) da vida em sociedade para o gozo dos referidos bens. Entretanto, a função primária do Direito Penal não é a manutenção dessa segurança cognitiva dos bens jurídicos, mas a garantia de validez das normas jurídicas[143], a manutenção da fidelidade ao Direito, sendo um defeito do autor realizar algum comportamento que seja diferente dos *standards* cognitivos[144] apesar de haver uma norma (motivação dominante)[145].

Por outro lado, chamando a atenção para a excessiva ampliação de bens jurídicos por meio de normas de perigo abstrato, Jakobs afirma que é possível distinguir normas intervencionistas e normas funcionais. A diferença reside no fato de em se tratando de normas funcionais estas são resultado de uma decisão social em que a proteção do bem jurídico visa ao fomento de condições para o gozo do bem em sociedade. Em um Estado que se responsabiliza por prestações positivas aos seus cidadãos, que podem cobrá-las judicialmente, a segurança passa a ser um direito a ser exigido do Estado. Além disso, a fronteira entre o permitido e o proibido é fixada arbitrariamente, uma vez que faz parte dos elementos configuradores da sociedade, como por exemplo, definir a diferença entre um comerciante astuto e um delinquente econômico. Já os delitos de perigo abstrato que contradizem a orientação social de comunicação entre cidadãos livres não podem ser aceitos, como nos casos de punição de atos preparatórios como se fossem consumação[146].

Segundo Müssig, o Direito Penal na sociedade moderna é institucionalizado sob o *slogan* da segurança interior, *um "estado de emergência" político como um padrão legal-criminal,* o que exige um retorno a uma política criminal liberal contra as propostas de soluções simples, rápidas e simbólicas[147]. Para esse autor, a proteção de bens jurídicos deve ter uma função social (segundo critérios de identidade da autodescrição da sociedade), uma vez que

---

[143] JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedade.* Madrid: Editorial Civitas SA, 2004, p. 67.

[144] *Y en los casos en los que se pretende garantizar standards cognitivos, el Derecho Penal los convierte en normas: se prohibe un comportamiento no por ser lesivo, sino porque —de acuerdo con un juicio general— podría lesionar; estos delitos se llaman de peligro abstracto.* JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal.* Madrid: Editorial Civitas SA, 1997, p. 120.

[145] JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal.* Madrid: Editorial Civitas SA, 1997, p. 119.

[146] JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional.* Madrid: Editorial Civitas SA, 1996, p. 43-49.

[147] MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema.* Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad externado de Colombia, 2001, p. 13.

o Direito Penal é garantia do direito enquanto estrutura da sociedade. A partir do momento em que o Direito Penal é voltado para garantir as condições de vida em sociedade, a teoria do bem jurídico deve ser capaz de identificar os critérios materiais ou condições de constituição social dos bens jurídicos e as condições e possibilidades do aparato jurídico-penal[148].

Buscando fundamentar-se em uma teoria estrutural do Direito como teoria estrutural da sociedade (função social do Direito enquanto estrutura da sociedade), Müssig analisa as teorias de Luhmann e Habermas, as quais descrevem as normas com caráter geral como estruturas sociais, esquemas simbólicos que transmitem os caracteres fundamentais de uma sociedade[149].

Luhmann afirma que o homem vive em um mundo que lhe permite uma infinidade de experiências e ações, embora o potencial humano de assimilação e percepção seja limitado. Cada experiência remete a outras possibilidades que são complexas (ocorrência de possibilidades além daquilo que se pode realizar) e contingentes (as possibilidades que vão ocorrer podem ser diferentes daquelas esperadas). *Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.*[150] Diante das complexidades e contingências da vida em sociedade, o homem cria expectativas como forma de estabilização das relações sociais ao seu redor. Essas expectativas podem ser divididas em cognitivas e normativas. As primeiras são caracterizadas por uma nem sempre disposição para o aprendizado e as normativas pela determinação em não aceitar desapontamentos.

> Sendo assim, as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada e, portanto, também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do "dever ser" expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade - aí estão o sentido e a função do "dever ser".[151]

---

[148] MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema.* Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad externado de Colombia, 2001, p. 16.

[149] MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema.* Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad externado de Colombia, 2001, p. 35-36.

[150] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito.* Rio de Janeiro: edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 46.

[151] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito.* Rio de Janeiro: edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 57.

Nessa linha, o Direito surge como uma forma de estrutura cujos limites e formas de seleção são definidos pelo sistema social, promovendo a generalização de expectativas de comportamentos normativos para orientação dos homens entre si. Trata-se de uma estrutura institucionalizada, criando *aquelas instâncias que domesticam o ambiente para outros sistemas sociais. Ela se modifica, portanto, com a evolução da complexidade social*[152].

Para Habermas, as normas sociais são estabelecidas mediante a ameaça de sanções (*eles só governam através da consciência e reconhecimento dos sujeitos que guiam sua ação para eles* [153]), sendo que a validez empírica dos enunciados básicos em uma sociedade se mede por uma expectativa de comportamento socialmente normatizada, obtida por meio do consenso:

> Com o termo "acordo", não pretendemos reduzir a ideia de verdade ao comportamento observável. Pelo contrário, os critérios em virtude dos quais um consenso deve ser alcançado em cada caso dependem, por sua vez, do processo que entendemos como o processo de obtenção de um consenso[154].

Diante da racionalidade, o homem deve comportar-se de acordo com as regras sociais, sendo que a perturbação da estabilidade do comportamento a que se está acostumado impõe uma modificação da convicção ou da credibilidade das convicções não problematizadas[155].

Segundo Müssig, Habermas promove a fusão entre normatividade e legitimidade no contexto dos Estados Democráticos de Direito, o que conduz a um estreitamento epistemológico da perspectiva e uma desmaterialização da normatividade que se reduz ao conceito de norma correta, norma justificada. Todavia, aquele autor afirma que a racionalidade intersubjetiva do discurso promove uma filosofia idealista, em que a ação comunicativa se promove por meio de exigências praticamente elitistas das habilidades dos intervenientes[156]. Dessa forma, Müssig toma partido da teoria de sistemas de Luhmann, ao afirmar

---

[152] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito.* Rio de Janeiro: edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 170.
[153] HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales.* Madrid: Tecnos, 1988, p. 33.
[154] HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales.* Madrid: Tecnos, 1988, p. 60.
[155] HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales.* Madrid: Tecnos, 1988, p. 39.
[156] MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perectivas y los fundamentos de uma teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema.* Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad externado de Colombia, 2001, p. 42-44.

que as normas são estruturas de expectativas que são necessárias para as interações sociais, em que o Direito Penal é uma reação demonstrativa a um acontecimento que defrauda uma expectativa, servindo como garantia da norma. O injusto penal não é apenas uma lesão do bem jurídico, mas a quebra de uma norma e a legitimação da norma penal passa pela sua função social. Essa função social da norma penal é baseada em critérios racionais de legitimação e de política criminal como padrão para definir aquilo que é relevante para o Direito Penal. Regra geral, esses critérios são o resultado das discussões dentro da sociedade (reflexão sobre si mesma), podendo-se afirmar que os princípios constitucionais formam um padrão básico para a definição do que é penalmente relevante[157].

1.4 Direito Penal e criminalidade de massas

A moderna sociedade do risco além de promover a expansão dos crimes de perigo para a proteção de bens jurídicos supraindividuais, também o faz para a proteção de bens individuais, especialmente os de natureza patrimonial, como forma de controle social daqueles que não são detentores de propriedade. Na moderna sociedade do risco a divisão da riqueza não é igualitária, o que, além de aprofundar os bolsões de pobreza, diminui os mecanismos informais de controle social (família, igreja..), resultando em aumento do individualismo e do crime como forma de ascensão social[158]. Na moderna sociedade do risco não se pode abrir mão do Direito Penal[159] como

---

[157] MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema.* Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad externado de Colombia, 2001, p. 52-54.

[158] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco.* São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 113-115.

[159] No Estado brasileiro nota-se uma tendência obscura de utilização do Direito Penal para uma evidente finalidade de cobrança de tributos e não proteção do bem jurídico *fazenda pública.* Exemplo disso são os delitos de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária, previstos respectivamente nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal, onde *é extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal,* desde que seja pago o que for devido aos cofres públicos. Nota-se que em se tratando de um dano ao erário (cunho patrimonial), não há tratamento semelhante nos casos de outros crimes patrimoniais que afetem o particular, como no caso de furto simples, pois se o autor desse delito confessar ou restituir a *res furtiva*, não há idêntica previsão de extinção da punibilidade.

forma de garantia das estruturas sociais, uma vez que a complexidade delas implicaria em perda da segurança[160].

Observa-se que *no caso dos delitos de classes altas serão estipulados níveis menos tolerantes dos riscos sistemáticos no caso dos delitos tradicionais, desenfreada criminalização de condutas de lesividade questionável* por meio da antecipação da proibição de certas condutas. Nos delitos de massa, a proibição de uma conduta que presumivelmente levará à realização de outra conduta criminosa, com severa diminuição do raio de liberdade dos cidadãos[161].

1.5 O risco permitido e o risco habitual na sociedade (do risco)

Em uma sociedade do risco, cujos perigos são imprevisíveis e as consequências incalculáveis, conhecer os limites de uma ação permitida é fundamental para se saber o grau de cuidado que se deve ter no dia a dia. A existência de riscos é algo natural e aceitável no mundo moderno para o progresso e desenvolvimento das relações sociais. Dessa forma, a teoria do risco permitido tem por objetivo promover a exclusão da imputação ao agente[162] que se mantém nos limites do cuidado que lhe era imposto, ou que mesmo descumprindo as regras de cuidado, haja a exclusão da imputação quando se estiver dentro dos limites do risco habitual. Questiona-se nesse particular o conteúdo do injusto de uma ação para caracterizá-la como culposa[163], embora Roxin entenda que se aplicam aos casos de crimes dolosos[164]. Para que haja

---

[160] *El hecho de que toda sociedad esté armada en todo momento histórico con un Derecho Penal, parece darnos a entender que una renuncia al mismo implicaría a su vez una renuncia a la existencia misma de la sociedad. Si esto es así, entonces parece que la misión del Derecho Penal tiene que estar orientada al aseguramiento de la existencia de la sociedad, más concretamente al aseguramiento de las condiciones de su existencia. A estas condiciones se las denomina, en general, bienes jurídicos, y por esta razón, en la moderna Ciencia del Derecho Penal es ya un lugar común la afirmación de que la función del Derecho Penal consiste en la protección de bienes jurídicos.* GRACIA MARTIN, Luiz. *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal.* Barcelona: Atelier, 2006, p. 55.

[161] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco.* São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 116-118.

[162] *La dogmática antigua partía de la base de que con la causalidad de la conducta del autor respecto del resultado se cumple el tipo objetivo. Y en los casos en que parecía inadecuada la punición se intentaba excluir la pena en los delitos comisivos dolosos negando el dolo.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito.* Madrid: Civitas, 1997, p. 362.

[163] TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência. Uma contribuição à teoria do crime culposo*. 2º edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2003, p. 351.

[164] ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito.* Madrid: Civitas, 1997, p. 382.

imputação a um tipo objetivo é necessária a realização de um perigo não amparado por um risco permitido dentro do raio de ação do tipo. Dessa forma, se houver a criação de um risco juridicamente relevante ao bem jurídico, a imputação será excluída se for o caso de um risco permitido (causação do perigo dentro do marco do risco permitido, ou seja, a observância de normas que demonstram que no caso há um risco juridicamente relevante).

Sobre a natureza jurídica do risco permitido, Roxin aponta as diversas posições doutrinárias, que ora o enquadram como adequação social, causa de justificação nos delitos imprudentes, mas o qualifica como uma conduta que gera: *um risco legalmente relevante, mas que de um modo geral (independentemente do caso específico) é permitido e, portanto, ao contrário das causas da justificação, já exclui a alocação para a taxa alvo,* como é o caso da autorização para o tráfego viário, onde certamente há uma atividade de risco que é permitida com a observância de certas normas[165].

Haverá exclusão da imputação do resultado ao autor mesmo quando este criar um perigo para o bem jurídico, cujo resultado não é efeito direto da realização do perigo, tendo apenas conexão causal com este, respondendo o autor apenas por tentativa (exemplo daquele que atira em B, que vem a morrer não pelo disparo efetuado, mas por um incêndio ocorrido no hospital)[166].

Há também exclusão da imputação quando o incremento do risco praticado pelo autor não influencia no resultado, mesmo que o autor tivesse tomado os cuidados necessários para a não ocorrência do perigo[167], bem como nos casos em que a superação dos limites do risco permitido é irrelevante para

---

[165] *Dentro del ámbito del riesgo permitido entran todo el tráfico público (por tanto también el tráfico aéreo, ferroviario y marítimo-fluvial), el funcionamiento de instalaciones industriales (especialmente las plantas peligrosas), la práctica de deportes que implican riesgo, las intervenciones médicas curativas en el marco de la lex artis, etc.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito.* Madrid: Civitas, 1997, p. 371-372.

[166] ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito.* Madrid: Civitas, 1997, p. 373.

[167]Roxin cita como exemplo o caso do *director de una fábrica de pinceles suministra a sus trabajadoras pelos de cabra china para su elaboración, sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Cuatro trabajadoras se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra ese bacilo, no conocido hasta ese momento en Europa.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito.* Madrid: Civitas, 1997, p. 375.

o caso concreto, como no caso de se causar um ataque cardíaco em um motorista quando ele é ultrapassado imprudentemente[168].

Também ocorrerá a exclusão da imputação nos casos em que o resultado não estaria coberto pelo fim de proteção da norma de cuidado, como no caso de um acidente de bicicleta provocado pela falta de iluminação da mesma que atinge uma outra bicicleta e em seguida causa um segundo acidente. Nesse caso, aquele que conduzia a bicicleta sem iluminação é responsável apenas pelo acidente que provocou diretamente com a outra bicicleta com a qual colidiu e não pelo segundo acidente que ocorreu quando uma terceira bicicleta se chocou com os dois primeiros veículos colididos[169]. Entretanto, a realização do risco permitido se diferencia da realização geral do perigo que somente depende da adequação ou previsibilidade do curso causal. Para o caso da realização do risco permitido é preciso verificar: a)se a conduta não cuidadosa possui repercussões causais; b) se essas repercussões causais aumentam o risco para o bem jurídico ou alcançam uma medida relevante; c)se existe um nexo causal perfeitamente adequado com o risco não permitido (*exceto se a evitação de tais consequências não é o fim de proteção, senão somente um reflexo da proteção do dever de cuidado*) [170]. Por outro lado, aquele que infringe uma norma legal incrementando o risco e causando o resultado lesivo deve responder nas hipóteses em que o dano poderia ter sido evitado, não por uma ação segura, mas que possivelmente ou provavelmente seria evitado. Em outras palavras, como foi realizado um risco não aprovado pelo Direito, o resultado é imputado ao autor porque mesmo que ele tivesse agido conforme as regras estabelecidas, o dano somente seria possivelmente ou provavelmente evitado. Nesse caso, Roxin cita o exemplo do caminhoneiro que ultrapassa um ciclista bêbado, sem observar a distância mínima lateral, o ciclista, por causa de um curto-circuito causado pelo álcool, vem a morrer esmagado pelo caminhão. Se o caminhoneiro tivesse observado a distância lateral mínima para ultrapassagem e houvesse o atropelamento do ciclista bêbado, o caminhoneiro

---

[168] ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito.* Madrid: Civitas, 1997, p. 377.
[169] ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito.* Madrid: Civitas, 1997, p. 377.
[170] ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito.* Madrid: Civitas, 1997, p. 378.

não seria punido por ter não ter incrementado o risco[171], pois do contrário haveria uma renúncia à exigência de cuidado imposto pelas regras do caso concreto[172].

---

[171] *DIREITO PENAL. CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE ENTREGA DE DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR A PESSOA NÃO HABILITADA. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). TEMA 901. É de perigo abstrato o crime previsto no art. 310 do Código de Trânsito brasileiro. Assim, não é exigível, para o aperfeiçoamento do crime, a ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na conduta de quem permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou ainda a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança. Ao contrário do que estabelece o crime imediatamente anterior (art. 309), ou mesmo o posterior (art. 311), nos quais o tipo exige que a ação se dê "gerando perigo de dano", não há tal indicação na figura delitiva prevista no art. 310. Pode parecer uma incoerência que se exija a produção de perigo de dano para punir quem dirige veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação (art. 309) e se dispense o risco concreto de dano para quem contribui para tal conduta, entregando o automóvel a quem sabe não habilitado ou, o que é pior, a quem notoriamente não se encontra em condições físicas ou psíquicas, pelas circunstâncias indicadas no tipo penal, de conduzir veículo automotor. Duas considerações, porém, enfraquecem essa aparente contradição. Em primeiro lugar, o legislador foi claro, com a redação dada aos arts. 309 e 311, em não exigir a geração concreta de risco na conduta positivada no art. 310. Poderia fazê-lo, mas preferiu contentar-se com a deliberada criação de um risco para um número indeterminado de pessoas por quem permite a outrem, nas situações indicadas, a condução de veículo automotor em via pública. Em segundo lugar, não há total identidade das situações previstas nos arts. 309 e 310. Naquela, cinge-se o tipo a punir quem dirige sem habilitação; nesta, pune-se quem permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor tanto a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso quanto a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança. Trata-se, na verdade, de uma visão que deve repousar mais corretamente no incremento do risco ocasionado com a entrega da direção de veículo para pessoa não habilitada ou em quaisquer das outras hipóteses legais. Conforme entendimento doutrinário, em todas essas situações, a definição do risco permitido delimita, concretamente, o dever de cuidado para realizar a ação perigosa de dirigir veículo automotor em vias urbanas e rurais, explicando o atributo objetivo contido no dever de cuidado objetivo. A violação da norma constitui a criação de um risco não permitido, culminando, com o desvalor da ação, na lesão ao dever de cuidado objetivo. Por todo exposto, afigura-se razoável atribuir ao crime materializado no art. 310 a natureza de crime de perigo abstrato, ou, sob a ótica ex ante, de crime de perigo abstrato-concreto, em que, embora não baste a mera realização de uma conduta, não se exige, a seu turno, a criação de ameaça concreta a algum bem jurídico e muito menos lesão a ele. Basta a produção de um ambiente de perigo em potencial, em abstrato, de modo que a atividade descrita no tipo penal crie condições para afetar os interesses juridicamente relevantes, não condicionados, porém, à efetiva ameaça de um determinado bem jurídico. Embora seja legítimo aspirar a um Direito Penal de mínima intervenção, não pode a dogmática penal descurar de seu objetivo de proteger bens jurídicos de reconhecido relevo, assim entendidos, na dicção de Claus Roxin, como "interesses humanos necessitados de proteção penal", qual a segurança do tráfego viário. Não se pode, assim, esperar a concretização de danos ou exigir a demonstração de riscos concretos a terceiros para a punição de condutas que, a priori, representam potencial produção de danos a pessoas indeterminadas, que trafeguem ou caminhem no espaço público. O subsistema social do tráfego viário exige o respeito a regras de observância generalizada, sem o qual se enfraquece o princípio da confiança (aqui entendido, conforme o pensamento de Roxin, como princípio de orientação capaz de indicar os limites do cuidado objetivo esperado ou do risco permitido), indispensável para o bom funcionamento do trânsito e a segurança de todos. Não se exclui, por óbvio, a possibilidade de ocorrerem situações nas quais a total ausência de risco potencial à segurança viária afaste a incidência do Direito Penal, como se poderia concluir do exemplo de quem, desejando carregar uma caminhonete com areia, pede ao seu ajudante, não habilitado, que realize uma manobra de poucos metros, em área rural desabitada e sem movimento, para melhor posicionar a carroceria do automóvel. Faltaria tipicidade material a tal comportamento, absolutamente inidôneo para pôr em risco a segurança de terceiros. Portanto, na linha de entendimento de autorizada doutrina, o art. 310, mais do que tipificar uma*

Estes casos de conduta alternativa conforme o Direito estão próximos dos cursos causais hipotéticos que resultam relevantes para a imputação, mas são diferentes destes, pois não se trata de uma causalidade predisposta, mas uma causalidade hipotética que serve para criar um juízo normativo de incremento do perigo[173].

Tavares chama a atenção para o chamado risco habitual que ocorre no caso de condutas que violam o dever de cuidado, mas mantidas dentro de uma margem de erro aceitável de acordo com o socialmente tolerável, em que são incluídos *fatores causais remotos ou condutas que desenvolvam processos causais incontroláveis*. Esse autor cita como exemplo o caso de um instrutor de auto-escola que ensina a um aluno técnicas de pilotagem arriscadas e esse aluno posteriormente se envolve em uma corrida urbana proibida e vem a causar a morte de um pedestre[174].

De forma sintética, Paredes Castañon cita as seguintes hipóteses de risco permitido em Direito Penal[175]:

- nos casos de exclusão da antijuridicidade penal, sempre que exista um desvalor do resultado causado pela conduta, como nos casos de erro de proibição invencível;

- ações perigosas que sejam socialmente úteis, como esportes (boxe, esqui...) e atividades industriais;

- ações perigosas que sejam socialmente adequadas, como por exemplo, jogos perigosos (a queima do "Judas" na Semana Santa pelos

---

conduta idônea a lesionar, estabelece um dever de garante ao possuidor do veículo automotor. Neste caso, estabelece-se um dever de não permitir, confiar ou entregar a direção de um automóvel a determinadas pessoas, indicadas no tipo penal, com ou sem habilitação, com problemas psíquicos ou físicos, ou embriagadas, ante o perigo geral que encerra a condução de um veículo nessas condições. Precedentes citados: RHC 48.817-MG, Quinta Turma, DJe 28/11/2014; e AgRg no RHC 41.922-MG, Quinta Turma, DJe 15/4/2014. REsp 1.485.830-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 11/3/2015, DJe 29/5/2015.

[172] ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito.* Madrid: Civitas, 1997, p. 379.

[173] ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito.* Madrid: Civitas, 1997, p. 382.

[174] TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência. Uma contribuição à teoria do crime culposo*. 2º edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2003, p. 353.

[175] PAREDES CASTAÑON, Jose Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal (regímen jurídico-penal de las actividades peligrosas).* Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1995, p. 36-39.

católicos ou o disparo de armas de fogo pelos bacamarteiros no nordeste brasileiro);

- ações perigosas cujo resultado seja imprevisível *ex ante*, como no caso de um defeito no asfalto que cause um acidente automobilístico;

- os casos de estado de necessidade;

- ações perigosas que contem com o consentimento do ofendido, como nos casos de cirurgias ou esportes perigosos;

- ações perigosas que sejam realizadas dentro de um grau de cuidado juridicamente devido;

- ações imprudentes em situações excepcionais, como conduzir um veículo acima dos limites de velocidade permitidos para levar um ferido ao hospital;

- ações perigosas realizadas em situações de erro invencível acerca das circunstâncias de fato (desconhecimento invencível do perigo da conduta), como no caso de um disparo de arma de fogo contra uma pessoa, acreditando-se que se estava atirando contra um animal;

- ações perigosas nas quais a relação custo/benefício é aceitável, quando não ameacem aspectos essenciais da vida social.

O conceito de risco permitido, segundo Paredes Castañon, serve para definir aquilo que é devido e aquilo que é proibido, para determinar a valoração que certa conduta merece do Direito Penal, para a exclusão da responsabilidade[176].

Por outro lado, a antecipação da punição nos casos de crimes de perigo abstrato se coloca em choque com os princípios da lesividade e culpabilidade (por falta de injusto material), por causa da generalização da presunção de perigo ao interesse protegido.

> Contra isso, não se questiona apenas a possível violação do princípio da culpabilidade, que de acordo com a crítica 'tradicional' pode envolver crimes de perigo abstrato, mas além disso, é objetado que uma abordagem tal enfraquece a força do direito penal para a proteção dos bens jurídicos, na medida em que a ligação entre o comportamento proibido e o dano ao bem jurídico é reduzida, o que também significa reduzir os pressupostos de punibilidade e, com isso, enfraquecer radicalmente a posição do autor, restringindo suas possibilidades de defesa. Tensões com as condições de um conceito material de crime

---

[176] PAREDES CASTAÑON, Jose Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal (regímen jurídico-penal de las actividades peligrosas).* Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1995, p. 42.

> são evidentes quando comportamentos criminosos que não possuem uma referência clara e prejudicial, definida basicamente como o desvio da regra ou padrão, que muitas vezes equivalem a meros distúrbios ou comportamentos, são evidentes. indesejados ou "irritantes" para o modelo operacional de um dado subsistema[177].

Em verdade, haveria um uso ilegítimo do Direito Penal quando resulta evidente a ausência de perigo da conduta ou quando o autor age com todas as cautelas para evitar o perigo.

1.5.1 Natureza jurídica do risco permitido

Paredes Castañon afirma que, em geral, no que se refere à determinação da responsabilidade penal, tem-se entendido que o risco permitido tem a função de excluir esta responsabilidade. Todavia, ele aponta um critério valorativo-prescritivo (permitido), por meio do qual se estabelecem juízos de valor para definir o que é ou não proibido à luz do Direito Penal[178]. Isso ocorre porquanto valoração (comparação entre a conduta real e a conduta ideal) não é igual a um ato de atribuição (determinação de conexão entre fenômenos por meio de leis de inferência).

A consideração de que o risco permitido seria uma forma de exclusão da ação, ou seja, a desconsideração do comportamento humano como dotado de relevância jurídica (redução teleológica do conceito de conduta, que deve ser dotado de significação social) seria uma forma de confundir o objeto de valoração (a conduta) com os próprios juízos de valor (antijuridicidade e culpabilidade). Também não se trata de causa de exclusão do dolo, pois em muitas vezes o autor age com a consciência do risco que gera para o bem jurídico e porque a valoração da conduta se dá em um momento anterior à presença do dolo (elemento fático interno) [179].

Paredes Castañon entende que o risco permitido não é uma causa de exclusão da culpabilidade ou antijuridicidade, pois estas se vinculam à

---

[177] MENDOZA BUERGO, Blanca.*El Derecho Penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas ediciones SL, 2011, p. 80-81.

[178] PAREDES CASTAÑON, Jose Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal (regímen jurídico-penal de las actividades peligrosas).* Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1995, p. 42.

[179] PAREDES CASTAÑON, Jose Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal (regímen jurídico-penal de las actividades peligrosas).* Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1995, p. 45-46.

concepção geral de injusto. Neste ponto, ele critica o posicionamento do risco permitido como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade ou a identificação do risco permitido com as causas de exclusão da antijuridicidade previstas na legislação. Ao identificar o risco permitido como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade haveria uma distinção entre objeto de valoração (a conduta causadora de perigo ao bem jurídico) e juízo de valor. No caso de identificação do risco permitido com as causas de exclusão de antijuridicidade previstas na legislação, não seriam abrangidos outros possíveis fatores de exclusão do desvalor da ação como nos casos de insignificância, ações socialmente adequadas, consentimento do ofendido. Também não poderia ser considerado o risco permitido como uma causa especial de exclusão da antijuridicidade, pois ele não se aplica apenas a situações excepcionais, uma vez que muitas atividades humanas da atualidade são atividades perigosas permitidas[180].

O risco permitido não se trata de uma autorização estatal, pois não seria possível determinar os casos em que existiria tal autorização ou quando se estaria exercendo um direito subjetivo, além do que a análise do risco permitido se dá genericamente e não em casos concretos, bem como não permite definir limites para o exercício da atividade perigosa. Além disso, nem toda conduta perigosa precisa de autorização expressa do Estado. Da mesma forma, o risco permitido não ocorre em face de consentimento do ofendido, pois muitas vezes esse consentimento não existe (por exemplo nos casos de bens jurídicos supraindividuais) ou até mesmo existe oposição por parte do sujeito passivo[181].

Há situações que são consideradas de risco permitido por fazerem referência a riscos que não são proibidos com anterioridade falta de previsibilidade. Entretanto, a ausência de previsibilidade afeta a imputação objetiva do resultado da ação e não a sua valoração jurídico-penal. No caso de risco permitido, há condutas que, embora sejam previsivelmente perigosas ou até lesivas para bens jurídicos, são permitidas em virtude de uma ponderação

---

[180] PAREDES CASTAÑON, Jose Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal (regímen jurídico-penal de las actividades peligrosas).* Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1995, p. 63-68.

[181] PAREDES CASTAÑON, Jose Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal (regímen jurídico-penal de las actividades peligrosas).* Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1995, p. 79.

de interesses concorrentes que limitam o alcance do dever de conduta que corresponde ao sujeito atuante em uma situação concreta[182].

Paredes Castañon também diferencia risco permitido, de adequação social, embora sejam conceitos frequentemente equiparados (uma conduta pode ser ao mesmo tempo enquadrada como de risco permitido e de adequação social), pois em ambos refere-se à hipóteses em que condutas perigosas ou lesivas a bens jurídicos são permitidas em caráter excepcional. Entretanto, o risco permitido visa à exclusão da antijuridicidade, sem contribuição do elemento material. Além disso, leva-se em conta uma ponderação de interesses concorrentes no contexto social (genericamente), enquanto que na adequação a conduta precisa ser examinada caso a caso, como forma excepcional de exclusão da antijuridicidade (mitigar discrepâncias valorativas que podem existir entre uma determinada norma jurídico-penal e a opinião social dominante) [183].

Dessa forma, reforça-se a ideia de que o risco permitido se encontra dentro do sistema dogmático de interpretação de tipos penais, ou seja, no processo de valoração da conduta (genericamente e no caso concreto) [184].

1.6 Crimes omissivos e culposos na sociedade do risco

Na sociedade do risco, a proteção dos bens jurídicos supraindividuais é voltada para a incriminação de meras violações de deveres, em face da dificuldade da regulação de riscos, o que abrange uma dificuldade para apontar lesões, o processo causal entre a ação e o resultado, a identificação da autoria e o elemento subjetivo do injusto[185].

De fato, como já afirmado anteriormente, o desenvolvimento tecnológico na sociedade moderna, com processos produtivos em escala industrial, automação e complexidade da divisão de tarefas dificulta a

---

[182] PAREDES CASTAÑON, Jose Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal (regímen jurídico-penal de las actividades peligrosas).* Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1995, p. 81-82.
[183] PAREDES CASTAÑON, Jose Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal (regímen jurídico-penal de las actividades peligrosas).* Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1995, p. 82-85.
[184] PAREDES CASTAÑON, Jose Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal (regímen jurídico-penal de las actividades peligrosas).* Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1995, p. 86.
[185] MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 137.

identificação da autoria dos perigos e danos causados à coletividade. Além disso, muitas das atividades consideradas perigosas são devidamente autorizadas e normais, não havendo possibilidade de especificação do número de afetados por determinada atividade, nem o grau de perigo a que estão expostas as pessoas. O que em verdade há são cálculos probabilísticos sobre o mínimo de risco a que os indivíduos estão sujeitos[186]. Veja-se, por exemplo, o caso dos possíveis efeitos de ondas eletromagnéticas, produzidas por antenas de telefonia, em pessoas com marca-passo. Sabe-se que existe a possibilidade de interferência das referidas ondas sobre o aparelho que regula batimentos cardíacos, o que pode eventualmente gerar a morte de uma pessoa, mas ainda assim a atividade de telefonia funciona dentro de limites de risco permitido, pois é valorado como socialmente útil para a sociedade.

Os tipos legais de desobediência ou prescindem de resultado material ou não seguem o caminho tradicional da relação de causalidade, como no caso dos crimes omissivos[187] próprios (simples violação de uma norma) ou impróprios

---

[186] Sobre a radiação de antenas, assim se manifesta a Anatel: *Quais os efeitos da exposição a ondas eletromagnéticas de radiofreqüência? A não ser que a onda eletromagnética seja suficientemente forte para causar aquecimento ou choque, não existem sensações decorrentes da exposição. Quando a onda passa pelos tecidos do corpo, produz ligeira vibração nas moléculas eletricamente carregadas. Essas vibrações, no entanto, não causam efeitos suficientemente fortes para aumentar significativamente a temperatura.* Disponível em: http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNivelDois.do?codItemCanal=1030. Acesso em 24/12/17.

[187] *HABEAS CORPUS. ART. 55, CAPUT, DA LEI Nº 9.605/1998 E ART. 2º, CAPUT, DA LEI Nº 8.176/1991. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO ENTRE AS CONDUTAS NARRADAS E OS FATOS TÍPICOS IMPUTADOS. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA COM EXTENSÃO DOS EFEITOS. LIMINAR DEFERIDA RATIFICADA.(...) 2. No caso, a denúncia imputa a prática de duas condutas ao paciente, uma comissiva e outra omissiva, ações essas que teriam caracterizado os crimes previstos no art. 55, caput, da Lei nº 9.605/98, e no art. 2º, caput, da Lei nº 8.176/91. 3. A conduta comissiva teria se dado, segundo a denúncia, ante o contrato celebrado entre a empresa Mearim, administrada pelo paciente à época dos fatos, e o corréu Sebastião, pois o acordo, segundo a peça acusatória, autorizava a extração ilegal de diamantes pelo corréu Sebastião, não obstante a referida empresa possuísse permissão apenas para realizar pesquisas. Contudo, os termos do contrato conduzem expressamente a conclusão diversa, visto que o contrato buscava justamente impedir a extração ilegal que vinha sendo realizada. 4. A conduta omissiva teria ocorrido porque os administradores da empresa "detinham efetivo conhecimento da extração ilegal por terceira pessoa, bem como da degradação ambiental causada e, mesmo lhes sendo possível, não impediram a produção do resultado". Entretanto, a exordial detém-se a fazer essa afirmativa sem apontar de que modo o não fazer era penalmente relevante e em que momento houve a assunção da posição de garante (se o dever de agir originou-se da previsão contida na alínea "a", "b" ou "c" do § 2º do art. 13 do CP).*
5. Não se está, em sede de habeas corpus, buscando a aferição de elementos subjetivos e complexos acerca da autoria da prática delitiva, providência essa sabidamente incompatível com a via estreita do writ, mas apenas, ante a incontroversa e flagrante ilegalidade verificada, constatando não haver adequação típica entre as condutas narradas e os tipos penais atribuídos, seja na forma comissiva ou omissiva, o que remete de pronto à falta de justa causa para a

(em que existe o dever de proteção do bem jurídico). O objetivo é facilitar a identificação daquele que, podendo evitar o dano, prefere se omitir. Diante dos novos riscos tecnológicos, em que qualquer ação pode se revelar perigosa, cada pessoa em sociedade deve se tornar capaz de evitar o dano ou perigo, ou agir de forma a minimizar comportamentos tidos como de risco, gerando com um isso um inevitável aumento dos crimes omissos próprios e impróprios, bem como dos delitos culposos, em face da dificuldade de se identificar o elemento subjetivo doloso nos casos de fragmentação de funções e responsabilidades entre múltiplos sujeitos, além do fato de que a liberdade individual fica condicionada a exigências especiais de cuidado[188].

O crime culposo não existe em sentido natural, mas tem por fundamento uma conduta (penalmente relevante) que excede os limites do risco autorizado, uma violação das normas de cuidado. Deve haver uma limitação do poder punitivo estatal no Estado Democrático de Direito, de modo que, nos crimes culposos, sejam identificados com perfeição os limites entre o lícito e o ilícito, bem como a violação normativa deva representar um perigo ou lesão a um bem jurídico, e não apenas uma estrutura de conduta[189], de modo a se evitar que o legislador transforme qualquer conduta em crime culposo.

Partindo da ideia de que os elementos estruturais do crime culposo são a violação da norma de cuidado e a ultrapassagem do risco permitido, Tavares afirma que a base da estrutura deste tipo de crime não está no conceito de conduta, *mas na forma e no modo de sua imputação, quer dizer, a relevância penal de uma conduta para caracterizá-la como culposa irá depender (...) dos requisitos que a norma jurídica lhe empreste*[190].

A definição legal de crime como culposo não é suficiente para a proibição da conduta, sendo apenas o primeiro passo. A conduta proibida deve levar em conta uma idoneidade comunicativa da proibição, abrangendo ainda os

---

persecução penal, tornando-se imperioso, portanto, o desfazimento do inequívoco constrangimento ilegal a que está submetido o paciente. (...)7. Habeas corpus concedido, ratificada a liminar deferida, para extinguir, por falta de justa causa, a Ação Penal n.º 2009.39.06.00409-6 em relação ao paciente Carlos Eduardo Konder Lins e Silva, com extensão dos efeitos ao corréu Luis Phillipe Mendes Martins, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma .HC 203103 / MG: Data 05/06/2012.

[188] MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 138-141.

[189] TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009, p. 03-05.

[190] TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009, p. 06.

elementos que possam demonstrar e medir o grau de perigo ou lesão ao bem jurídico. De fato, a legitimação da extensão do injusto doloso ao delito culposo teve como origem obter estabilidade do conjunto normativo da formação social capitalista, ou seja, a incriminação de fatos culposos está vinculada à solidificação do processo de uso e troca de mercadoria na sociedade industrial moderna a partir do século XIX, onde o bem jurídico se espiritualiza e se transforma em objeto simbólico de proteção[191].

Dessa forma, dentro do processo de imputação, devem ser levadas em conta a relação de causalidade e a intensidade da lesão dentro dos limites do risco autorizado. A norma proibitiva deve levar em consideração uma atividade e os efeitos que normativamente se quer proibir e não a condição da personalidade do autor, de modo que:

> Não é suficiente, portanto, para a caracterização de uma conduta que possa servir de base à elaboração dogmática da teoria do delito, que ela preencha alguns requisitos empíricos (por exemplo, que seja simplesmente causal). É preciso que esses componentes empíricos possam ser submetidos a um juízo de refutação, segundo um processo de orientação típica, com vistas à sua vinculação ao processo de lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos. E, ao mesmo tempo, a configuração normativa da conduta não vale sem uma correspondência empírica[192].

O processo de imputação da conduta, no caso do crime culposo, é aferido negativamente, por meio da relação entre a ação descuidada (violadora dos limites do risco autorizado e, portanto, considerada perigosa e desaprovada juridicamente) e o resultado (no plano da causalidade e no normativo) [193].

1.7 Bem jurídico e sociedade do risco

O atual modelo de sociedade do risco, em que o Direito Penal é emergencial, conforme descrito nos itens anteriores, possui uma política criminal do tipo tecnocrático, que promove involução do ordenamento jurídico-penal, por meio de normas simbólicas, que somente criam uma distinção entre deliquentes e cidadãos de bem. Nesse ponto, o Direito Penal é um instrumento de combate ao crime. Tal postura acaba por tornar esse ramo do Direito como um

---

[191] TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009, p. 11-12.
[192] TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009, p. 16.
[193] TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009, p. 277.

instrumento político de comunicação, de resolução de conflitos sociais, o que solapa princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito[194]. A expansão do Direito Penal obriga necessariamente a uma análise da criação de novos bens jurídicos e a uma antecipação da tutela face a novos interesses (bens jurídicos de cunho econômico, ambiental, tecnológico ou de consumo).

No que tange ao bem jurídico, tem-se a desmaterialização deste, ou seja, a passagem da proteção de bens jurídicos individuais e identificáveis, para a proteção daqueles vagos e imprecisos, gerando: dificuldade de delimitação do bem jurídico tutelado, de determinação da relação de causalidade e desrespeito dos princípios da ofensividade e intervenção mínima. Essa desmaterialização do bem jurídico está relacionada com uma sociedade que exige do Estado uma vasta gama de regulamentações, que muitas vezes falha no momento de tornar eficazes os mecanismos de controle[195].

1.7.1 Sociedade multicultural, intercultural e bem jurídico

O desenvolvimento da tecnologia em seus mais diversos setores, em especial o das comunicações e dos transportes provocou o descobrimento/aproximação de diversas culturas existentes no planeta Terra e mesmo dentro de um Estado. Exemplo disso é o próprio Brasil que com suas dimensões continentais abrange múltiplas expressões culturais de norte a sul.

Alonso Álamo afirma que a dignidade da pessoa humana está sobre os direitos de identidade e culturais, de modo que se estabelece a seguinte dialética: o reconhecimento de direitos culturais deve respeitar a dignidade da pessoa humana e, por outro lado, não há dignidade sem reconhecimento da identidade cultural[196].

A dignidade humana serve como limite ao legislador penal na medida em que este não pode intervir de forma a lesar a dignidade e também não pode proteger aquilo que está em contradição com a dignidade. Por outro lado, a

---

[194] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 205-208.
[195] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 215-216.
[196] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 134.

interpretação daquilo que é direito cultural não pode ser feito à custa da dignidade humana, como é o caso da mutilação genital feminina por razões culturais[197].

No Brasil, o infanticídio praticado entre alguns povos indígenas[198] vem gerando debate sobre a proteção da dignidade humana em face de costumes culturais.

O projeto de lei da Câmara n° 119/2015, por exemplo, visa acrescentar o artigo 54-A ao Estatuto do Índio (Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973):

> "Art. 54-A. Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que elas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte.
> (...)
> 2º Os órgãos responsáveis pela política indigenista deverão usar todos os meios disponíveis para a proteção das crianças, dos adolescentes, das mulheres, das pessoas com deficiência e dos idosos indígenas contra práticas que atentem contra a vida, a saúde e a integridade físico-psíquica, tais como:
> I - infanticídio ou homicídio;
> II - abuso sexual, ou estupro individual ou coletivo;
> III- escravidão;
> IV- tortura, em todas as suas formas;
> V- abandono de vulneráveis;
> VI- violência doméstica.
> § 3° Os órgãos responsáveis pela política indigenista também deverão garantir a proteção e o auxílio a qualquer pessoa, inclusive a membros das etnias que decidirem não permitir expor ou submeter crianças, adolescentes, mulheres, pessoas com deficiência e idosos a práticas que coloquem em risco a vida, a saúde e a integridade física e psíquica deles.
> § 4° Deverão os órgãos responsáveis pela política indigenista desenvolver projetos e programas que visem, em especial, à proteção e à defesa de:
> I - recém-nascidos, crianças e adolescentes rejeitados por um dos genitores, familiares e/ou pelo grupo;
> II - recém-nascidos, crianças, adolescentes e mulheres em casos de gestação múltipla;
> III - qualquer membro da etnia com deficiência física e/ou mental;
> IV - recém-nascidos, crianças e adolescentes rejeitados em virtude do sexo não desejado pela família ou grupo;
> V - recém-nascidos, crianças e adolescentes, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão;
> VI - recém-nascidos, crianças e adolescentes, em casos que excedam o número de filhos considerado apropriado para o grupo;

---

[197] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 135.

[198] Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/14/projeto-sobre-medidas-de-combate-ao-infanticidio-em-areas-indigenas-gera-polemica. Acesso em 23/10/2017.

> VII - recém-nascidos, crianças e adolescentes, quando esses possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais;
> VIII - recém-nascidos, crianças e adolescentes quando esses forem considerados portadores de má sorte para a família ou para o grupo;
> IX - recém-nascidos, crianças e adolescentes desnutridos, seja por falta de alimentos ou por terem sido impedidos de se alimentarem pela ideia de que eles sejam portadores de má sorte para a família ou para o grupo;
> X - recém-nascidos, crianças e adolescentes, filhos de pai ou mãe solteiros e/ou viúvos e gestantes por etnia e/ou aldeia, proporcionando a elas acompanhamento; e
> XI - idosos.
> (...)[199]

Por outro lado, o projeto de lei do Senado nº 169, de 2016, propõe um novo Estatuto do Índio e em seu artigo 152 preconiza: *Não há crime se o agente indígena pratica o fato sem consciência do caráter delituoso de sua conduta, em razão dos valores culturais de seu povo.*

A jurisprudência nacional, no que concerne à responsabilidade penal dos indígenas leva em consideração dois fatores: a) nível de aculturamento do autor; b) se o crime praticado foi ou não em razão de suas crenças e culturas. No primeiro caso, entende-se que o índio já adaptado à vida em sociedade, responde normalmente às imputações que lhe são feitas, sendo necessária a realização de exame antropológico para medir o nível de aculturamento[200]. No

---

[199] Disponível em: http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=505711&disposition=inline. Acesso em 23/10/17.

[200] TRF-4 - APELAÇÃO CRIMINAL ACR 5860 SC 2000.72.05.005860-0 (TRF-4) Data de publicação: 23/11/2005 **Ementa**: PENAL. PERMISSÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE ART. 39 DA LEI 9605 /98.CORTE DE ÁRVORES. RESPONSABILIDADE PENAL DE INDÍGENAS. 1. A existência de direitos e deveres dos membros das comunidades indígenas em nossa ordem constitucional exige a verificação concreta do nível de aculturação sofrido. 2. Muito embora a Constituição preconize que os índios possuem posse e usufruto de terras por eles ocupadas, conforme suas atividades produtivas, usos, costumes e tradições, sua exploração não pode ser indiscriminada de forma a evitar os danos ao meio ambiente. 3. O art. 39 da Lei nº 9.605 /98 impõe sanção a quem cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente.
STJ - HABEAS CORPUS HC 40884 PR 2005/0000726-0 (STJ) Data de publicação: 09/05/2005 **Ementa**: "HABEAS CORPUS. ESTUPRO. MENORES INDÍGENAS. AUSÊNCIA DE LAUDO ANTROPOLÓGICO E SOCIAL. DÚVIDAS QUANTO AO NÍVEL DE INTEGRAÇÃO. NULIDADE. Somente é dispensável o laudo de exame antropológico e social para aferir a imputabilidade dos indígenas quando há nos autos provas inequívocas de sua integração à sociedade. No caso, há indícios de que os menores indígenas, ora pacientes, não estão totalmente integrados à sociedade, sendo indispensável a realização dos exames periciais. É necessária a realização do estudo psicossocial para se aferir qual a medida sócio-educativa mais adequada para cada um dos pacientes. "Ordem concedida para anular a decisão que determinou a internação dos menores sem a realização do exame antropológico e psicossocial. Encontrado em: - MENORES ÍNDIOS STJ - HABEAS CORPUS HC 40884 PR 2005/0000726-0 (STJ) **Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**

segundo caso, mesmo se tratando de crimes praticados em razão da cultura[201] indígena, a questão é julgada pela Justiça Federal[202], mas a questão cultural não pode sobrepujar a dignidade humana, sendo esta um limite do qual não se pode abrir mão.

1.7.2 Bens jurídicos culturais individuais e coletivos

Historicamente, a natureza dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal foi de índole individual, em face da influência do pensamento liberal/Iluminista do final do século XVIII[203].

Hassemer ao refletir sobre a proteção de bens jurídicos coletivos afirma que o Direito Penal moderno pouco tem a ver com o indivíduo, sendo mais uma proteção institucional. Dessa forma:

> Os bens jurídicos universais e crimes de perigo abstrato ainda representam um problema adicional que não deve ser subestimado. Operar nos setores mencionados acima com os instrumentos acima mencionados pode significar, a longo prazo, que todas as evidências e a sensibilidade em relação aos atos criminosos nelas envolvidos serão perdidas. Muitos desses crimes característicos do direito penal moderno são crimes sem vítimas ou, pelo menos, com vítimas indefinidas. Nenhum dano é necessário neles. O crime nem sempre é um resultado cientificamente previsível. Deve refletir sobre a adequação do crime é também para o público um crime claro, especialmente como um critério que é precisamente o que dá ao direito

---

[201] Vide parecer do Ministério Público Federal 58/16 em que a questão da feitiçaria foi considerada motivo cultural em um caso de homicídio cometido por indígena. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/4REnoCC149.964PACrenaindgena.pdf. Acesso em 23/10/17.

[202] TRF-4 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RSE 1289 RS 2007.71.17.001289-9 (TRF-4)

Data de publicação: 20/02/2008 Ementa: PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CRIME EM RAZÃO DE COSTUMES INDIGENAS. DISPUTA DE TERRAS INDÍGENAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DESNECESSÁRIA. 1. Sendo demonstrada a existência de conflito de terras entre integrantes de reservas indígenas e que a partir dessa disputa sucederam-se desentendimentos punidos com cárcere privado por ordem do Cacique de uma das tribos - como polícia de ordem adotada na forma dos costumes indígenas ante transgressão de leis internas e/ou normas de convivência -, são as condutas de segregação em cárcere e de tortura concomitante afetas a interesses tipicamente da comunidade indígena e por essa razão passíveis de exame na jurisdição federal. 2. Os motivos dos crimes em tese praticados pelos réus estão diretamente relacionados com questões intrínsecas a direitos e à cultura indígenas, o que vem a firmar a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal, nos termos do inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal. 3. Ante o imediato julgamento de mérito do recurso, resta prejudicado o pleito de antecipação de tutela.

[203] HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad.* Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Colombia: editorial Temis S.A., 1999, p. 07.

> penal a sua especificidade dentro do sistema legal, e que, por essa razão, deve ser mantida[204].

Para aqueles que defendem a legitimidade da proteção de bens jurídicos coletivos, o Direito Penal somente deve agir quando a dignidade humana individual é vulnerada, embora possam ocorrer ataques culturais que afetem a honra de um grupo ou coletividade. Todavia, não é possível proteger a dignidade do grupo ou coletividade, pois s dignidade é sempre pessoal e não coletiva. Mesmo em contextos multiculturais ou interculturais, a dignidade da pessoa é sempre a mesma (individual) e passível de proteção penal quando ocorre a degradação ou coisificação da pessoa[205]. Entretanto:

> A primazia dos direitos individuais no âmbito do direito a iguais liberdades subjetivas, em que a dignidade da pessoa ocupa uma posição essencial, não impede o reconhecimento posterior de direitos coletivos (que, como já enfatizamos, se baseia em forma independente da discussão sobre o reconhecimento de coletivos culturais de direitos humanos) ... Mas, ... a dignidade da pessoa não pode ser sacrificada uma (inexistente) dignidade grupal ou coletividade. O que pode acontecer é que em certas situações o ataque a um bem jurídico coletivo ou supraindividual, como por exemplo o interesse de existir em sua diversidade de determinados grupos ou grupos, adere ao ataque à dignidade pessoal de um membro do grupo...[206]

Dessa forma, em um contexto de diversidade cultural, a proteção penal deve levar em consideração tais diferenças, pois os bens jurídicos serão impregnados pelos diversos valores culturais em questão, mas sempre tendo em conta que o direito à liberdade e diversidade cultural encontra barreira na dignidade da pessoa humana.

1.7.2.1 Bens jurídicos e sentimentos coletivos

A proteção pelo Direito Penal é questionada na medida em que há dúvidas se sentimentos coletivos seriam bens jurídicos ou uma construção intelectual de um objeto cognitivo atribuído a um grupo de pessoas[207].

---

[204] HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad.* Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Colombia: editorial Temis S.A., 1999, p. 40-41.
[205] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 137-138.
[206] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 139.
[207] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 288.

Amelung afirma que a tarefa do Direito Penal é preservar a convivência humana e não manter longe dos cidadãos sentimentos desagradáveis. Para ele, o erro das teorias de proteção do sentimento não é a psicologização de um sentimento, mas procurar os efeitos socialmente prejudiciais de um ato, seus efeitos perturbadores na convivência humana, na esfera psicológica e não social[208].

Castilla del Pino afirma que os sentimentos são:

> algo que o sujeito usa, algo constitutivo do sujeito, graças ao que ele quer dos objetos (e de si mesmo), ele está interessado neles (para torná-los seus ou para afastá-los dele) e, conseqüentemente, é feito no mundo, na realidade psicossocial, e constrói sua biografia porque, como pré-condição, sobrevive biologicamente[209].

Como o ser humano está constantemente desejando objetos, ele está sempre em conflito com a realidade, pois quer o que não tem, teme perder aquilo que tem e conta com aquilo que normalmente não queria ter. Dessa forma, os sentimentos, em geral, possuem uma função de subsistência biopscicossocial, por meio da satisfação dos desejos de posse ou de destruição daquilo que de alguma forma impede a satisfação dos desejos:

> são instrumentos que o sujeito tem para o relacionamento (emocional, afetivo), tanto com pessoas, animais e coisas, quanto consigo mesmo, ou seja, com seus pensamentos, fantasias, desejos, impulsos, mesmo com seus próprios sentimentos: todos eles nós os chamamos genericamente de "objetos", embora os primeiros sejam objetos externos e os últimos internos. Os sentimentos servem para 1) o vínculo efetivo, "interessado", com tais objetos, para "ligar-se" a eles através de um "vínculo" precisamente afetivo; e 2) para a organização hierárquica de valores, uma organização singular, exclusiva de cada sujeito, portanto egocêntrica[210].

Os sentimentos permitem a interação do homem com a realidade e com os objetos que a compõem, sem os quais a pessoa seria um robô, uma máquina[211].

Além disso, os sentimentos são estados do sujeito, qualificando-o e modificando-o, de modo que, nas relações sociais, o controle emocional regula

---

[208] AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz Und schutz der gesellschaft***.** Athenäum Verlag GmbH. Frankfurt: 1972, p. 347.
[209] CASTILLA del Pino, Carlos. *Teoría de los sentimientos.* Barcelona: Tusquets editores SA, 2001, p. 19.
[210] CASTILLA del Pino, Carlos. *Teoría de los sentimientos.* Barcelona: Tusquets editores SA, 2001, p. 20.
[211] CASTILLA del Pino, Carlos. *Teoría de los sentimientos.* Barcelona: Tusquets editores SA, 2001, p. 20.

o sujeito em um sistema relacionante, cuja atividade nunca cessa: o sujeito está sempre em relação sujeito/objeto (o que provoca um desiquilíbrio permanente), sendo que busca o equilíbrio com o entorno material e simbólico que o rodeia[212].

Diante dessa subjetividade e complexidade que representam os sentimentos, Alonso Álamo questiona se a proteção dos sentimentos individuais (e com mais razão os coletivos) viria a ferir ou não o princípio da taxatividade. A autora responde que, na verdade, não existiriam sentimentos coletivos, mas individuais que são compartilhados coletivamente, os quais não se transformam em uma entidade independente dos membros da comunidade[213]. Dessa forma, tais sentimentos não são susceptíveis de constituir um bem jurídico de titularidade coletiva, mas individual, ainda que possam ser concorrentes em uma pluralidade de pessoas[214].

Pelo exposto, pode-se concluir que os sentimentos, apesar de seu caráter subjetivo e muitas vezes imensurável, são imprescindíveis nas relações sociais, para permitir a interação do homem com a realidade ao seu redor, sendo assim objeto de proteção do Direito Penal de forma individualizada, muito embora haja sentimentos que possam ser compartilhados na vida em comunidade.

Tatjana Hörnle, ao analisar a legislação alemã, afirma que infrações penais como perturbação do descanso dos mortos, perturbação de cerimônias funerárias, são exemplos de violação dos sentimentos de piedade, mas que se encontram sob a rubrica de “paz pública”. Este bem jurídico se refere a um sentimento de segurança da população que se baseia na segurança jurídica em geral. Para a autora, a confiança da população nada mais é do que a soma das

---

[212] CASTILLA del Pino, Carlos. *Teoría de los sentimientos.* Barcelona: Tusquets editores SA, 2001, p. 22.

[213] Na legislação brasileira, o crime de ocultação de cadáver (artigo 211 do Código Penal) tem por bem jurídico o respeito aos mortos, cujo objeto material é o cadáver e o sujeito passivo a coletividade. HC 389187 / RJ HABEAS CORPUS 2017/0036606-3. (...)*Quanto ao delito de ocultação de cadáver, o sujeito passivo é a coletividade, tratando-se de crime vago, que não possui sujeito passivo determinado (pessoa), sendo seus objetos material e jurídico, respectivamente, o cadáver e o respeito aos mortos, tanto que está inserido no Título V - Dos crimes contra o sentimento religioso, Capítulo II - Dos crimes contra os mortos. – Diante disso, in casu, quanto ao delito descrito no art. 211 do CP, não deve incidir a agravante referente ao fato de ser a vítima pessoa idosa (art. 61, II, "h", do CP). Precedentes.* (...)

[214] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 289.

atitudes emocionais dos distintos cidadãos. Dessa forma, a construção do bem jurídico “paz pública” depende do recurso a reações emocionais[215].

Alonso Álamo, nessa esteira, afirma que não é possível a proteção penal direta de sentimentos, porque não é possível conhecer os sentimentos reais de uma pessoa e porque tais sentimentos variam de pessoa para pessoa. Entretanto, se tais sentimentos forem transformados em objetos cognitivos, podem adquirir perfis próprios (diferentes daqueles expressos por uma pessoa) e se transformarem em bens jurídicos. Dessa forma, protegem-se bens jurídicos que em sua base contenham sentimentos (medo ou vergonha, por exemplo), independentemente de uma pessoa experimentar tais sentimentos.

1.7.2.2 Bem jurídico nos casos de apologia a fatos criminosos

A legislação brasileira possui alguns exemplos de figuras típicas, que podem gerar intranquilidade ou medo em certos setores da população, que poderiam ser agrupados como delitos contra sentimentos de segurança ou confiança[216]. Podem ser citados, sob a rubrica “*Dos crimes contra a paz pública”*, os crimes de incitação ao crime (Art. 286 - *Incitar, publicamente, a prática de crime*), Apologia de crime ou criminoso (Art. 287 - *Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime*), ambos previstos no Código Penal, e *praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça[217], cor, etnia,*

---

[215] HÖRNLE, Tatjana. *La protección de sentimientos en el STGB.* IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimação del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 386-387.

[216] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 293.

[217] No HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS, de relatoria para o Acórdão do MAURÍCIO CORRÊA, o Supremo Tribunal Federal decidiu: **(...)***1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). (...)13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança*

religião ou procedência nacional, cuja previsão está no artigo 20 da Lei nº 7716, de 05 de janeiro de 1989. Também é punido criminalmente aquele que *fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo*, conforme o parágrafo primeiro do citado artigo 20.

No caso de promoção do ódio contra determinado círculo de pessoas, ocorrer a proteção de um bem jurídico coletivo é dignidade da pessoa humana, com a consequente proibição de condutas discriminatórias relacionadas à origem, raça, cor, etnia etc.

Em crimes como o enaltecimento ao terrorismo (apologia de crime, conforme o Código Penal brasileiro), sejam cometidos por meio de opinião, sejam por meio de ações, Alonso Álamo entende que a proteção é do interesse coletivo vinculado à ordem pública, mas questiona que nesses casos ocorreria um excessivo adiantamento da proteção penal, pois não teria como se negar a ofensividade da ação em relação ao bem jurídico[218].

Tornou-se clássica a expressão de Hassemer de que a proibição de uma conduta sob ameaça penal que não pode se referir a um bem jurídico seria terror de Estado[219]. Toda intervenção na liberdade humana deve levar em conta a proteção de um bem jurídico, como fundamento constitucional e necessário tanto para haver um dever de proteção, quanto em relação aos limites dessa proteção.

Hörnle critica o uso indiscriminado da proibição penal baseada na paz pública, pois esta

> Esconde diferenças essenciais entre as proibições criminais que a doutrina absolutamente dominante considera sem tipos de exceção contra a paz pública. Isto é assim em dois sentidos: por um lado, a diferença entre os crimes de perigo abstrato e ações sem um potencial de perigo que deve ser levado a sério é obscura e, por outro lado, a

---

sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

[218] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 294.

[219] HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?.* IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimação del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 103.

> diferença entre os crimes genuínos ou puros contra Sentimentos e crimes que protegem sentimentos, mas não exclusivamente, porque por trás dos sentimentos negativos de certas pessoas afetadas estão os direitos dessas pessoas[220].

Para Hörnle, o uso da suástica e outros símbolos do nacional-socialismo são criminalizados pois fortalecem movimentos de extrema-direita, contrários ao Estado Democrático de Direito. Entretanto, seria inconsequente castigar o uso isolado de tais símbolos, que não causariam a intranquilidade da população[221].

Alonso Álamo afirma que é possível surgir um bem jurídico coletivo oriundo dos sentimentos de inseguridade da população ou de manutenção da paz pública, de modo a se proteger grupos que se encontrem em situação de vulnerabilidade. Nesse ponto, o bem jurídico não se confundiria com os sentimentos de segurança ou paz pública, o que na verdade, nesses casos, provocaria uma antecipação da resposta penal. Dito de outra forma, ações como a negação do holocausto (justificação de genocídio), enaltecimento do terrorismo, colocam em dúvida se realmente o bem jurídico está sendo afetado, uma vez que não possuiriam suficiente capacidade lesiva. De fato, haveria uma incriminação de uma atitude interna, gerando confusão entre Direito e Moral. Há, portanto, uma proteção antecipada do bem jurídico, que em pontos extremos, poderia criminalizar a exteriorização de pensamento, o que fere o princípio da liberdade de expressão e da ofensividade[222].

Honneth, ao discutir sobre as patologias e transtornos que afetam as sociedades contemporâneas, questiona a forma como devem se tornar visíveis os desenvolvimentos deficientes da vida social, propondo:

> Tão logo o paradigma da comunicação não é mais concebido apenas no sentido de uma concepção de compreensão racional, mas no sentido de uma concepção das condições de reconhecimento, então o diagnóstico crítico da época não pode estar já comprimido no esquema estreito de uma teoria da racionalidade; porque, como critério do que deve ser considerado como "desordem" ou desenvolvimento deficiente da vida social, não se pode mais recorrer às condições racionais da compreensão do domínio livre, mas deve-se recorrer às condições intersubjetivas do desenvolvimento humano. da identidade como um

---

[220] HÖRNLE, Tatjana. *La protección de sentimientos en el STGB.* IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimação del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 388.
[221] HÖRNLE, Tatjana. *La protección de sentimientos en el STGB.* IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimação del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 392.
[222] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 296.

> todo. Tais condições são encontradas nas formas sociais de comunicação em que o indivíduo é criado, chega a uma identidade social e, finalmente, tem que aprender a ser concebido como um membro de uma sociedade com os mesmos direitos e, ao mesmo tempo, único; Se essas formas de comunicação são feitas de tal forma que não fornecem o grau de reconhecimento necessário para superar as diferentes tarefas de identidade, isso deve ser considerado como um indicador de desenvolvimento deficiente[223].

Dessa maneira, os bens jurídicos devem se estabelecer de forma discursiva, não cabendo ao Direito Penal a tarefa do reconhecimento destes, sob o risco de se promover o adiantamento excessivo da proteção de bens jurídicos, mesmo que certas condutas sejam expressão de ódio ou que venham a intensificar medo, insegurança.

1.7.3 Direito Penal mínimo dos bens jurídicos coletivos

Sob uma perspectiva garantista, em um Estado Democrático de Direito, a intervenção penal deve se limitar à proteção de direitos fundamentais[224], funcionando como *ultima ratio*, dentro do ideal fragmentário e subsidiário do Direito Penal. Todavia, o surgimento da chamada sociedade do risco vem provocando a antecipação da tutela penal para condutas cujos efeitos são imprevisíveis e que em tese colocam em risco de forma irreversível determinados bens jurídicos. Nessa linha, como compatibilizar a ideia de um Direito Penal mínimo voltado originalmente para proteção de bens jurídicos individuais com a proteção de bens jurídicos coletivos em um Estado que imprime sua tutela repressiva como forma rápida para solução dos mais variados problemas sociais?

---

[223] HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio.* Madrid: Editorial Trota S.A., 2011, p. 140.

[224] *Mas, superado el inmenso bache de los totalitarismos nazi-fascistas, han sido las denominadas "Constituciones sociales" (francesa de 1946, de la República Italiana de 1948 y Grundgesetz de la Bundesrepublik Deutschland de 1949) las que constitucionalizaron la cobertura de bienes jurídicos individuales y derechos fundamentales, como las libertades básicas de tradición libe-ral, junto a la protección de unas necesidades de carácter social. En efecto, estas Constituciones recogieron y ampliaron un sentimiento difuso que había tomado arraigo en las sociedades industriales de masas, dándole rango de derecho fundamental pero de naturaleza colectiva. Junto al derecho a la educación, a la salud, al trabajo, a la vivienda fue asimismo constitucionalizado el derecho a la seguridad el cual, a la par de las libertades básicas de los individuos y de los colectivos sociales, tomó el lugar de un bien jurídico colectivo digno de protección constitucional y penal.* BERGALLI, Roberto. *Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía.* In:LOSANO, Mario G. MUÑOZ CONDE, Francisco (Coordinadores). EL DERECHO ANTE LA GLOBALIZACION Y EL TERRORISMO. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 62.

Conforme visto no item anterior, mesmo no caso de ataques a bens jurídicos coletivos, a dignidade humana é sempre individual, ainda que um grupo de indivíduos possam ser titulares de um interesse comum em uma coletividade.

Por outro lado, questiona-se a possibilidade de existirem direitos humanos coletivos, já que não existiria uma dignidade humana coletiva, mas individual.

De fato, o que se busca discutir nesse aspecto é a possibilidade de se compatibilizar a busca por um Direito Penal mínimo, vinculado à proteção dos direitos fundamentais (individuais) com um Direito Penal mínimo voltado para a proteção de bens jurídicos.

A ideia de direitos humanos coletivos nasce com as novas gerações de direitos humanos que vão se vinculando às anteriores, o que, por sua vez gera dois tipos de posicionamento: o daqueles que entendem que os direitos humanos são catálogo fechado e o daqueles favoráveis à ampliação do rol de direitos humanos dentro de uma concepção histórica[225].

No primeiro grupo, Laporta chama atenção para o frequente apelo aos direitos humanos como uma força justificadora ou motivacional, como a última e mais poderosa escala dos sistemas morais e jurídicos[226]:

> Parece razoável supor que quanto mais a lista de direitos humanos for aumentada, menos força para ser exigida terá e quanto mais força moral ou jurídica for designada, mais limitada há de ser a lista de direitos que a justifiquem adequadamente [227].

Ainda segundo Laporta, os direitos humanos são universais (predicado de todos e cada um dos seres humanos), absolutos (caráter intransigente) e inalienáveis (não podem ser renunciados por seus próprios titulares). Nessa linha, considerando este último predicado, os direitos humanos são atribuídos ao indivíduo, mesmo sem seu consentimento, ou contra ele, ganhando relevância moral embora frente à própria vontade do indivíduo. Com isso, a proteção normativa é deferida a cada um sem escapatória. Dessa forma,

---

[225] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 302-303.
[226] LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier. *Sobre el concepto de derechos humanos*. Doxa. N. 04 (1987). ISSN 0214-8876, p. 23
[227] LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier. *Sobre el concepto de derechos humanos*. Doxa. N. 04 (1987). ISSN 0214-8876, p. 23

segundo Laporta, ampliar o catálogo de direitos humanos é incompatível com a maioria dos traços que caracterizam tais direitos[228].

No segundo grupo, Pérez Luño critica o pensamento de Laporta afirmando que os direitos humanos são uma categoria histórica e que, portanto, só faz sentido em um contexto determinado, de modo que cada geração de direitos humanos não implica na substituição global do catálogo anterior por outro, mas é uma resposta às novas necessidades históricas [229]:

> Assim, para o pensamento conservador, a maior parte do tempo, a prevenção do aumento progressivo das liberdades tem como pano de fundo a defesa do status quo, ou seja, o temor de que a expansão das liberdades enfraqueça ou ponha em perigo os direitos adquiridos. quem já gosta deles No Relatório, a desconfiança em ampliar os catálogos de direitos e liberdades parece seguir uma preocupação muito diferente, centrada na preocupação de não comprometer a realização dos direitos humanos, estendendo seu catálogo para além das possibilidades efetivas de sua garantia. No entanto, esta precaução é improcedente a nível prático, uma vez que a experiência mais recente dos sistemas de direito comparado das liberdades mostra que são precisamente aquelas áreas onde o catálogo de direitos humanos é mais extenso, lá onde o mecanismo de proteção é mais intenso [230].

Alonso Álamo[231] entende que os direitos humanos são conquistas históricas irreversíveis que não dependem de um ordenamento jurídico particular (são universais), fundamentando-se de forma discursiva de modo que o reconhecimento do "outro" implica ser a causa da existência dos direitos humanos. A autora afasta o entendimento de que uma priorização do coletivo sobre o indivíduo ou um conflito interno entre os direitos do indivíduo e do grupo seria suficiente para não se aceitar a existência de direitos humanos coletivos, os quais podem estar sujeitos a limites quando entrarem em contradição com os direitos individuais (como é o caso da dignidade).

Os direitos humanos coletivos são aqueles oponíveis frente aos poderes públicos, proteções externas a tais poderes. São direitos de última

---

[228] LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier. *Sobre el concepto de derechos humanos*. Doxa. N. 04 (1987). ISSN 0214-8876, p. 32-44.

[229] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Concepto y concepción de los derechos humanos: (acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta).* Doxa. N. 04 (1987). ISSN 0214-8876, p. 55-56.

[230] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Concepto y concepción de los derechos humanos: (acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta).* Doxa. N. 04 (1987). ISSN 0214-8876, p. 55-61.

[231] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 303.

geração[232] que recaem sobre interesses gerais (interesse coletivo) e que se diferenciam dos interesses individuais por serem de titularidade coletiva, supraindividual [233]:

> ... deve ser entendido que os direitos humanos coletivos são direitos humanos que respondem dialogicamente às necessidades humanas surgidas no desenvolvimento histórico, interesses coletivos cujo reconhecimento é importante para grupos ou coletivos, ou mesmo para a humanidade, bem como para as pessoas individuais que compõem,.. [234]

Soto Navarro afirma que a principal característica dos bens jurídicos coletivos é a sua função ou utilidade para a sociedade em seu conjunto, em que todos possam se aproveitar deles e que o aproveitamento de um não impeça o gozo dos outros. Não são susceptíveis de divisão em partes individuais.

> Nesses casos, o atributo coletivo não corresponde ao bem jurídico protegido, mas sim ao tipo de perigo que é preservar um bem jurídico individual, claramente identificado, de modo que o verdadeiro objeto de estudo deve ser a estrutura típica. adequado para abranger comportamentos cujo núcleo do injusto reside na criação de um perigo aberto [235].

Ainda segundo Soto Navarro, a titularidade dos bens jurídicos coletivos pertence à sociedade, sendo que eles podem ser divididos em dois grupos: os que representam prestações básicas do sistema social, como a Administração da Justiça. Ao outro grupo pertencem aqueles bens que se dedicam à preservação das instituições fundamentais do Estado em sua concreta configuração constitucional[236].

---

[232] O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078, de 11 de setembro de 1998) criou no Brasil um microcosmo de proteção aos direitos coletivos, em seu artigo 81:
A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

[233] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y derecho penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 304-308.

[234] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 308.

[235] SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos coletivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos.* ADPCP, Vol. LVIII, 2005, p. 887.

[236] SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos coletivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos.* ADPCP, Vol. LVIII, 2005, p. 889.

Soto Navarro parte de uma concepção funcionalista do bem jurídico para se referir à proteção penal, afirmando que o conceito de comunicação é a unidade básica sobre a qual são constituídos os sistemas sociais, permitindo ao indivíduo interagir socialmente, construir um conhecimento sobre o mundo ao seu redor. A teoria dos sistemas não se ocupa em primeiro momento de cuidar das expectativas do indivíduo, mas de proteger as condições para a interação entre os indivíduos, coordenando assim as suas expectativas[237].

Com efeito, o funcionalismo sistêmico cria um método de análise dos bens jurídicos coletivos, que é dinâmico e que tem como referência não o indivíduo, mas o sistema social em seu conjunto. Dessa forma, os crimes contra os bens jurídicos coletivos representam condutas que *incidem negativamente sobre as condições de existência e/ou desenvolvimento de um subsistema de comunicação...* [238]. Entretanto, adverte Soto Navarro que o importante em termos de tutela penal não são os subsistemas comunicativos em si, mas a função que estes desempenham para o sistema social global[239].

Em geral, são apontados como conteúdos dos bens jurídicos coletivos (sob uma perspectiva sistêmica), as expectativas de segurança dos cidadãos, o correto funcionamento de certas instituições e a confiança dos cidadãos no correto funcionamento dessas instituições[240]. Porém, Soto Navarro critica estes três critérios, pois: a defraudação das expectativas sociais não fornece um critério material para o conteúdo das normas penais; o correto funcionamento de certas instituições não aponta o objeto de tutela penal, se não houver indicação de qual função social será desempenhada e como será desempenhada; por fim, a confiança dos cidadãos tem um caráter psicológico, difícil de mensurar em termos objetivos, o grau de lesão. Dessa maneira, a autora propõe uma perspectiva dinâmica, levando em consideração os aspectos da realidade social tidos como valiosos em determinado momento[241], de modo que o núcleo material

---

[237] SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos coletivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos.* ADPCP, Vol. LVIII, 2005, p. 891.
[238] SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos coletivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos.* ADPCP, Vol. LVIII, 2005, p. 892.
[239] SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos coletivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos.* ADPCP, Vol. LVIII, 2005, p. 893.
[240] SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos coletivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos.* ADPCP, Vol. LVIII, 2005, p. 894.
[241] SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos coletivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos.* ADPCP, Vol. LVIII, 2005, p. 894-895.

dos comportamentos puníveis é perturbação das funções que são constitutivas para a vida social[242].

Sob uma perspectiva sociológico-normativa, Soto Navarro afirma que a lesão aos bens jurídicos coletivos é um efeito que se verifica no sistema social, de forma que é possível delimitar as formas de conduta que provoquem um efeito lesivo para a função material dos subsistemas comunicativos, sendo que esse efeito lesivo é impedir ou dificultar essa função material, ou seja, impedir as possibilidades de ação ou uso nas interações sociais ou mesmo limitação do potencial aproveitamento a título individual[243].

Apresentadas estas definições de direitos humanos coletivos, a defesa de um Direito Penal mínimo dos bens jurídicos coletivos deve ter em mira a premissa de que nenhuma intervenção penal possa lesar direitos fundamentais, ou seja, nenhuma intervenção penal pode ser contrária à dignidade humana.

Mas qual seria a natureza dos bens jurídicos coletivos? Seriam delitos de perigo abstrato voltados para a proteção de bens jurídicos individuais?

Na verdade, o fato de a titularidade de um bem ser compartilhada (coletiva) é mais uma consequência do que um traço fundamental para caracterizar um bem jurídico como coletivo. Dessa forma, a proteção, por meio do Direito Penal, de bens jurídicos coletivos não é uma antecipação da proteção de bens jurídicos individuais diante de crimes de perigo abstrato puro; trata-se de uma proteção jurídica autônoma.

O perigo é a única razão que induz o legislador a criar esse tipo de figura delitiva, o qual integra o tipo nos casos de perigo concreto, ao contrário dos crimes de perigo abstrato. Cerezo Mir ainda aponta os chamados crimes de perigo abstrato-concreto, nos quais se proíbe a realização de uma ação que leve implicitamente à possibilidade de produzir determinado resultado. Dessa forma, o perigo é uma qualidade inerente à ação, de modo que o resultado de perigo ocorre quando o bem jurídico entra no raio de ação da conduta[244].

---

[242] SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos coletivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos.* ADPCP, Vol. LVIII, 2005, p. 908.
[243] SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos coletivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos.* ADPCP, Vol. LVIII, 2005, p. 909.
[244] CEREZO MIR, José. *Los delitos de peligro abstrato en el âmbito del Derecho Penal del riesgo.* Revista de Derecho Penal Y criminologia, 2ª época, n° 10 (2002), p. 47-49.

Segundo Cerezo Mir:

> O conceito de perigo é sempre um conceito normativo. É tão na medida em que as circunstâncias do caso específico que podem ser reconhecidas por uma pessoa inteligente (conhecimento ontológico) e a experiência comum do tempo nos cursos causais são levadas em conta no julgamento do perigo[245].

Cerezo Mir aponta o crescimento dos bens jurídicos coletivos em face da chamada sociedade do risco, assim como os delitos de perigo abstrato, com ampliação da intervenção penal, *porque não sendo parte do tipo ou da lesão, nem o perigo específico de um bem jurídico, a prova da produção do resultado, nem da relação causal entre a ação e o resultado criminal, não seriam necessários.*[246]*.*

Ao diferenciar bens jurídicos coletivos entre aqueles que servem de meio ou instrumento para a proteção de bens jurídicos individuais e aqueles que são realmente supraindividuais, Cerezo Mir afirma que os bens jurídicos coletivos são uma antecipação da proteção penal, não sendo possível afirmar que esses bens possuam um caráter autônomo (sem referência a bens jurídicos individuais), porque a lesão do bem jurídico coletivo por si só não seria suficiente para constituir infração penal. Só uma referência a bens jurídicos individuais atribuiria um conteúdo material de injusto[247] para a formação de um ilícito[248].

Na mesma linha, Alonso Álamo afirma que os bens jurídicos coletivos não estão desconectados de uma referência final aos indivíduos, sendo que os delitos de perigo abstrato são delitos de mera desobediência, delitos formais[249].

Alonso Álamo defende uma concepção ampla de bens jurídicos coletivos que leva em conta não só aqueles clássicos ou supraindividuais (segurança do Estado, fé pública...), mas também os resultantes do

---

[245] CEREZO MIR, José. *Los delitos de peligro abstrato en el âmbito del Derecho Penal del riesgo.* Revista de Derecho Penal Y criminologia, 2ª época, n° 10 (2002), p. 52.
[246] CEREZO MIR, José. *Los delitos de peligro abstrato en el âmbito del Derecho Penal del riesgo.* Revista de Derecho Penal Y criminologia, 2ª época, n° 10 (2002), p. 55.
[247] De acordo com Bechara, o conteúdo material do delito dá contornos de estabilidade ao poder punitivo estatal e podem ser definidos como os comportamentos considerados intoleráveis e, portanto, merecedores de punição na esfera penal. Trata-se de uma conduta socialmente danosa. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 79-80.
[248] CEREZO MIR, José. *Los delitos de peligro abstrato en el âmbito del Derecho Penal del riesgo.* Revista de Derecho Penal Y criminologia, 2ª época, n° 10 (2002), p. 57-58.
[249] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 318.

desenvolvimento tecnológico que merecem proteção diante das novas necessidades sociais, de modo que há bens jurídicos coletivos originalmente e há aqueles que surgem vinculados a bens jurídicos individuais ou ao surgimento de perigo para bens jurídicos individuais, mas que a estes se antepõem e deles são independentes[250]:

> O direito penal não é chamado para proteger direitos, nem individuais nem coletivos, mas bens jurídicos. Isso significa que não basta invocar a existência de um direito subjetivo ou de um direito fundamental (constitucional), ou de um direito humano, para que um bem jurídico penal possa ser considerado presente. Os bens jurídicos penais são configurados de forma autônoma (dentro do marco dos direitos humanos)[251].

Os bens jurídicos coletivos são necessários para o desenvolvimento do Estado ou da vida em sociedade, embora não façam parte, originalmente daqueles direitos fundamentais clássicos (de primeira geração), possuindo caráter autônomo em relação aos interesses individuais aos quais se antepõem. Dentro do marco dos direitos humanos, os bens jurídicos coletivos não só atendem aos interesses que cumprem uma função social, mas também àqueles interesses setoriais ou difusos de uma parte da população, como seria o caso da honra[252].

No caso de delitos contra bens jurídicos coletivos, *a colocação em perigo coincide com a lesão do correspondente bem jurídico coletivo*[253], de modo que as ações devem conter alto grau de possibilidade de gerar o perigo. Além disso, dentro de um marco de direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, os bens jurídicos coletivos devem estar a serviço do indivíduo. Não podem esses bens jurídicos ser resultado de uma criação artificial do legislador, mas realidades autônomas merecedoras de proteção do Direito Penal para garantir o adequado funcionamento de atividades que possam gerar risco à coletividade[254].

---

[250] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 320.
[251] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Adiciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 320.
[252] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Adiciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 325.
[253] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Adiciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 323.
[254] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 323-325.

1.7.3.1 Limitações aos bens jurídicos coletivos penais

Uma vez reconhecida a existência e a autonomia dos bens jurídicos coletivos[255] dentro de um marco de direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, é preciso delimitar o âmbito de incidência do Direito Penal para a proteção de tais bens. Isto é uma necessidade, na medida em que o contexto atual das sociedades de risco tem levado não só a antecipação do Direito Penal como *prima ratio* dos problemas sociais (proliferação dos crimes de perigo abstrato, por exemplo), mas também pela vagueza de conteúdo material dos tipos penais, cuja interpretação pode variar caso a caso, ferindo assim o princípio da legalidade.

Cerezo Mir afirma que os bens jurídicos coletivos devem ser reduzidos ao mínimo, descritos com maior precisão e ser interpretados de acordo com a proteção de bens jurídicos individuais[256], de modo que o princípio da lesividade seja respeitado quando o desvalor da ação (conteúdo material do injusto dos crimes de perigo abstrato) coloque em perigo o bem jurídico.

Nos crimes de perigo abstrato, não se presume, nem com uma presunção *juris tantum* nem *juris et de jure*, a existência de um perigo para o bem jurídico. Apenas certos comportamentos são punidos porque geralmente carregam consigo o perigo de um bem jurídico. O perigo ao bem jurídico é apenas a *ratio legis* da criação desses números criminais[257].

Dessa forma, Cerezo Mir aponta algumas propostas para a restrição dos crimes de perigo abstrato, começando pela possiblidade de inversão do ônus da prova ao órgão acusado sobre a ocorrência do perigo no caso concreto (nos delitos de perigo abstrato a presunção é *juris tantum* e não *juris et de jure*), o que na verdade transformaria os crimes de perigo abstrato em perigo concreto. Outra opção seria a introdução da probabilidade de um perigo concreto no tipo penal, o que também mudaria a essência dos crimes de perigo abstrato. Na verdade, não se trata de uma presunção de perigo *juris tantum* ou *jures et de*

---

[255] Cerezo Mir nega essa autonomia, conforme nota número 110.
[256] CEREZO MIR, José. *Los delitos de peligro abstrato en el âmbito del Derecho Penal del riesgo.* Revista de Derecho Penal Y criminologia, 2ª época, n° 10 (2002), p. 56.
[257] CEREZO MIR, José. *Los delitos de peligro abstrato en el âmbito del Derecho Penal del riesgo.* Revista de Derecho Penal Y criminologia, 2ª época, n° 10 (2002), p. 67.

jure, mas a única razão para a criação desses tipos penais de perigo abstrato é que a conduta traz consigo genericamente um perigo ao bem jurídico[258].

Torio Lopez, distingue dentre os crimes de perigo abstrato, aqueles chamados por ele de perigo hipotético, que não reclamam a produção de um perigo efetivo, mas uma ação apta a produzir um perigo ao bem jurídico[259]. Para o cometimento desse tipo de delito é necessário que além da execução de uma ação perigosa, essa ação seja idônea para produzir um perigo para o bem jurídico protegido. São delitos de perigo possível, de modo que a impossibilidade de produção do perigo exclui a tipicidade. Exemplo desse tipo de crime é o de ameaça, cuja ação pode ser formalmente típica, mas depende da comprovação de sua idoneidade para a produção do perigo[260].

Por fim, sugere Cerezo Mir como forma de limitação dos delitos de perigo abstrato nos casos de bens jurídicos coletivos que tenham caráter intermediário (que supõe a antecipação penal para a proteção de bens jurídicos individuais, segundo a concepção do autor que não aceita a autonomia dos bens jurídicos coletivos), de modo que o reforço do conteúdo material do injusto passa pela transformação dos delitos de perigo abstrato puro em delitos de aptidão para a produção de um dano ou crimes de perigo abstrato-concreto (figuras delitivas nas quais se proíbe a realização de uma ação que tem em si, de forma implícita, a possibilidade de produzir determinado dano). Dessa forma, a conduta é excluída quando for absolutamente improvável a ocorrência do dano. Entretanto, não deve ocorrer a referida transformação no caso de bens jurídicos supraindividuais (como a Administração da Justiça), pois a simples realização do tipo coloca em perigo o bem jurídico tutelado, como é o caso do falso testemunho que gera o perigo de sentenças injustas[261].

De todo o exposto, na atual sociedade do risco/líquida, a existência de bens jurídicos coletivos, originários de uma lenta evolução dos direitos

---

[258] CEREZO MIR, José. *Los delitos de peligro abstrato en el âmbito del Derecho Penal del riesgo.* Revista de Derecho Penal Y criminologia, 2ª época, n° 10 (2002), p. 66-67.

[259] TORIO LÓPEZ, Angel. *Los delitos del peligro hipotético* (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto). ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. Año 1981 - Número 2-3, p. 828.

[260] TORIO LÓPEZ, Angel. *Los delitos del peligro hipotético* (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto). ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. Año 1981 - Número 2-3, p. 838.

[261] CEREZO MIR, José. *Los delitos de peligro abstrato en el âmbito del Derecho Penal del riesgo.* Revista de Derecho Penal Y Criminología, 2ª época, n° 10 (2002), p. 71-72.

fundamentais, não permite que o Estado simplesmente volte ao período liberal e deixe de proteger penalmente bens jurídicos que são fundamentais para o desenvolvimento da sociedade. A Administração da Justiça, a segurança do fluxo viário, o sistema econômico, são exemplos de bens jurídicos que não podem ser repartidos entre os membros do corpo social, pois são de propriedade coletiva ou supraindividual, dignos de proteção do Direito Penal.

O que é preciso para compatibilizar a ideia de um Direito Penal mínimo para a proteção de bens jurídicos coletivos deve levar em conta necessariamente os clássicos princípios da lesividade, subsidiariedade e fragmentariedade, além da estrita observância da legalidade na descrição de figuras típicas, que devem ser claras e precisas. Deve ser evitada a banalização do Direito Penal como *prima ratio* dos problemas sociais, deixando para o Direito Administrativo ser o sancionador daquelas condutas que efetivamente não lesem ou ponham em perigo bens jurídicos coletivos, com o necessário filtro dos chamados crimes de perigo abstrato, que na verdade seriam crimes de desobediência quando se referem a condutas que violem preceitos ético-sociais ou religiosos, cujo caráter etéreo permite alto grau de subjetivismo do intérprete[262].

Em um mundo atual, cujos meios de comunicação permitem de forma quase instantânea a interação entre pessoas localizadas nos mais diversos pontos do planeta, a troca de experiências e de informações promove um choque

---

[262] Ferrajoli, ao questionar o problema dos bens jurídicos legalmente tutelados pelo Direito Penal afirma: ...*nuestro sistema penal, como muchos otros, desde hace muchos decenios ha sufrido (...) una expansión inflacionista de la cantidad de los bienes jurídicos penalmente tutelados. Por un lado a través del incremento (expresión de una concepción autoritaria del Estado) de delitos sin daño, como los que ofenden entidades abstractas como la personalidad del Estado, la moralidad pública, etc.; por el otro, a través del aumento incontrolado, provocado por la incapacidad del Estado de intervenir con sanciones administrativas, de los delitos contravencionales, con frecuencia consistentes en infracciones de poca monta o en meros ilícitos de desobediencia. En segundo lugar ha habido una extensión indeterminista del campo de denotación de los bienes tutelados, a través de uso de términos vagos, imprecisos o peor aún, valorativos, que derogan la estricta legalidad o taxatividad de los tipos penales, permitiendo amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial: piénsese, para dar solo dos ejemplos, en los diversos delitos asociativos y en las variadas figuras de peligrosidad social. En tercer lugar tenemos una cada vez más difundida anticipación de la tutela de los bienes, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto o presunto, caracterizados por el carácter altamente hipotético y hasta improbable de la lesión del bien; con un reflejo inmediato sobre la taxatividad de la acción que se desvanece en figuras abiertas o indeterminadas del tipo de los "actos preparatorios" o "dirigidos a" o "idóneos para poner en peligro" o similares.* FERRAJOLI, Luigui. *Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales.* Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1992, p. 5.

cultural e de costumes que muitas vezes pode gerar questionamentos sobre o cumprimento e o reconhecimento de direitos fundamentais em sociedade. A chamada sociedade do risco, que agora também é líquida, conclama cada vez mais por garantias para o disfrute dos benefícios da modernidade, em que Direito Penal (abstrato, simbólico, de massa) ganha cada vez mais terreno. Ao mesmo tempo em que o homem luta por liberdade econômica, política, religiosa, de expressão, contraditoriamente ele aceita uma maior intervenção do Estado para a garantia das liberdades privadas.

A sociedade moderna, cercada pelos seus medos, muitas vezes incrementados pelas mídias sociais, vem enxergando diversos inimigos potenciais ao bem estar da atualidade, que para ser mantido, é passado para as mãos do Estado, via autonomia privada (aquela mesma que para ser conquistada provocou derramamento de sangue nas revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX), para que o Estado, como um grande pai (ou grande irmão, para usar a expressão de George Orwell[263]) possa resolver os mais diversos problemas da atualidade, valendo-se de um instrumento “barato e de respostas rápidas”: o Direito Penal.

[263] ORWELL, George. *1984, 29ª edição.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

CAPÍTULO II
BEM JURÍDICO PENAL: DELINEAMENTO TERMINOLÓGICO E EVOLUÇÃO DO CONCEITO FACE A CIÊNCIA PENAL

2.1 Delineamento terminológico acerca do conceito de bem jurídico

A importância do conceito de bem jurídico merece destaque tanto perante o âmbito da política-criminal quanto perante a dogmática penal[264], face ao caráter subsidiário e fragmentário deste ramo jurídico, dentro de um contexto de Estado Democrático de Direito, onde o princípio da lesividade ou dano social tornará concreta a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Importante é a observação de Polaino Navarrete:

> O bem jurídico tem uma transcendência ontológica, dogmática e prática que, em certo sentido, é basilar e, portanto, indeclinável. De sua essência, entidade e conteúdo dependem, ainda não da estrutura técnica, mas da própria existência do ordenamento punitivo de qualquer Estado de cultura.[265].

Como será analisado com maior detalhe no próximo tópico, a noção de bem jurídico ao longo da história exprimiu diversos sentidos, passando pela ideia de direito subjetivo, bem, interesse ou valor, tudo em virtude da natureza pluridimensional do objeto de estudo. No período do nacional-socialismo, foi visto como uma abstração especulativa. Também o funcionalismo não vê na atualidade a validez do conceito de bem jurídico, uma vez que caberia ao Direito Penal apenas garantir a validez e a estabilidade da norma[266].

---

[264] *O bem jurídico, enquanto instituição penal com uma função teleologicamente orientada, foi desenvolvido a partir da afirmação do método neokantista, impulsionado pela escola sudociental alemã no início do século XX. (...) Nessa toada, a visão do bem jurídico em função da norma, que não se confunde com a lei, tal como dizia Binding, é o fundamento da antinormatividade penal, elemento presente na hodierna ciência e atual chave hermenêutica da tipicidade.* BRANDÃO, Cláudio. *Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime*. *DELICTAE*, Vol. 3, N°4, Jan.-Jun. 2018, p. 08-09.

[265] POLAINO NAVARRETE, Miguel.*El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 22.

[266] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.04.

A existência de diversas designações[267] para o bem jurídico tem causado certa insegurança em torno de sua caracterização dogmática, em relação à sua fundamentação sistemática e metodológica, com reflexos sobre a correta delimitação do perfil conceitual e do próprio substrato material do instituto[268].

Stratenwerth afirma que apesar dos inúmeros esforços, não se logrou ainda um conceito de bem jurídico, nem de modo aproximado, em face da dificuldade de se conseguir uma definição que se aproxime de todos os tipos penais. Tal conceito de bem jurídico só receberia um conteúdo concreto na medida em que se refere a interesses individuais, enquanto que os bens jurídicos universais somente caracterizariam a ideia básica em que se funda a disposição penal[269].

Roxin, partindo da função social do Direito Penal consistente em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura dentro da perspectiva do contrato social, afirma que deve ser buscado um ponto de equilíbrio entre o poder punitivo estatal e a liberdade civil. Em um Estado Democrático de Direito, seriam bens jurídicos as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante e a existência de instituições estatais adequadas para aquele fim. Não é necessário que os bens jurídicos possuam uma realidade material, mas devem fazer parte da realidade empírica e vital para o rendimento da sociedade e a vida das pessoas[270].

2.2 A relação entre bem e bem jurídico

---

[267] De acordo com Mezger (1933), ao comentar sobre o objeto do delito, afirma *que La terminología oscila bastante y no siempre descansa en claras representaciones metódicas. Por ello puede prescindirse de una reproducción detallada de las distintas definiciones. Sólo es posible llegar a una clara delimitación del objeto de la acción frente al objeto de protección, concibiendo el primero, como el texto hace, de un modo puramente corporal. Pues el objeto de la acción es un concepto que pertenece a la consideración naturalista de la realidad, mientras que el objeto de protección corresponde a la consideración valorativa sintética.* MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Madrid: Editorial revista de Derecho Privado, 1933, p. 316.

[268] POLAINO NAVARRETE, Miguel.*El Bien Juridico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 27.

[269] STRATENWERTH, Günther. *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL I. El hecho punible*. Navarra: Thomson, 2005, p. 55-56.

[270] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2 edição.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16-18.

Bem, em sentido jurídico, representa tudo aquilo que tenha utilidade para alguém ou a coexistência da sociedade (utilidade ou aptidão para satisfazer necessidades humanas), sendo, portanto, algo digno de valoração jurídica[271].

Polaino Navarrete diferencia bem, interesse e valor, sendo o bem o objeto que satisfaz uma necessidade humana, o interesse como uma relação específica entre o objeto e seu respectivo titular e valor como um conceito dotado de sentido pluridimensional, transcendente. Nessa linha, bem e bem jurídico não são conceitos equivalentes, pois nem sempre uma necessidade humana é objeto de proteção penal, muito embora possam coincidir (por exemplo a vida, a liberdade)[272]. *O bem não constitui, em suma, pressuposto lógico e antecedente conceitual do bem jurídico no sentido substancial deste*[273].

O bem, para que represente importância jurídica, deve satisfazer uma necessidade humana (orgânica, intelectual ou moral), sendo passível de proteção jurídico-penal. Vê-se, assim, que a importância dogmática-funcional do bem é mais limitada em extensão e intensidade do que a do bem jurídico. Enquanto o bem representa um objeto estimado positivamente pelo Direito, o bem jurídico representa o objeto concreto, protegido pelo ordenamento jurídico penal[274].

2.3 Bem jurídico e interesse

No âmbito do Direito Penal, o interesse pode ser interpretado objetiva e subjetivamente. No primeiro caso, é uma situação capaz de satisfazer uma necessidade humana. Subjetivamente, é um estado psicológico do sujeito (um juízo de valor) que pretende manter uma situação que lhe seja favorável para a satisfação de uma necessidade pessoal. No Direito Penal, o interesse representa

---

[271] POLAINO NAVARRETE, Miguel.*El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 28-29.
[272] POLAINO NAVARRETE, Miguel.*El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 30.
[273] POLAINO NAVARRETE, Miguel.*El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 30.
[274] POLAINO NAVARRETE, Miguel.*El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 30-31.

uma relação entre o sujeito e um bem, possibilitando que aquele desfrute deste, satisfazendo uma necessidade[275].

2.4 Diferença entre objeto material sobre o qual recai a ação e objeto de tutela penal: a questão do objeto da ação

Objeto para o Direito Penal é tudo aquilo que, sendo capaz de satisfazer uma necessidade humana, ao mesmo tempo é valorado positivamente pelo ordenamento jurídico. Jescheck recorda que na Espanha é dominante a distinção entre bem jurídico e objeto de ação, sendo o primeiro chamado também de bem jurídico e o segundo de objeto material:

> De acordo com o conceito de bem jurídico como real realidade lesada, no estilo de Welzel, ou como valor, à maneira do texto, deve-se admitir ou não a possibilidade de igualar o objeto da ação (assim, no homicídio de acordo com a primeira concepção da vida da qual a vítima é privada seria tanto legal quanto objeto da ação, enquanto na segunda, a vida continuaria a ser distinguida como valor e como realidade fenomenal concreta). A crença de que é sempre necessário corresponder a ambos os conceitos de legal e objeto de ação explica que um autor argumenta que em nossa lei nem todo crime envolve a lesão ou ameaça de um bem jurídico, citando como exemplos os crimes de mera atividade e omissão pura [276].

Prossegue Jescheck afirmando que o bem jurídico pode corresponder ao objeto de ação, mas não ao ponto de tais conceitos se confundirem, pois o Direito deve proteger realidades concretas e não valores abstratos. O objeto de ação somente será um bem jurídico (realidade empírica concreta material ou imaterial) quando for uma realidade concreta e dotada de valor funcional para o Direito[277].

Segundo Jiménes de Asúa, objeto do delito ou objeto de proteção são os interesses ou bens tutelados pelo Direito:

> Em nossa opinião, a doutrina dos bens jurídicos triunfou diante dos testes políticos, e embora seja justo concluí-la com o prejuízo do dever, que é o aspecto da ilegalidade vista pelo agente, a objetividade legal é constituída pela violação de direitos. Os interesses protegidos pela lei, que se distingue claramente do objeto material ou corporal do crime,

---

[275] POLAINO NAVARRETE, Miguel.*El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 33-35.
[276] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* Volumen primero. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A., 1981, p. 369;
[277] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* Volumen primero. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A., 1981, p. 369-370;

> chamado por outros autores, "ataque" (Binding) ou "objeto do ato" ou "objeto da ação", como o chamam M.E.Mayer....[278]

Prossegue Jiménes de Asúa afirmando que o objeto de ação (material ou corporal) assinala uma consideração naturalista da realidade, enquanto que o objeto de proteção (objeto jurídico) corresponde a uma consideração valorativa[279].

Segundo Merkel, as ações puníveis ou os delitos são lesões de interesses e do Direito. O delito é uma conduta antissocial que contraria os interesses que têm sua expressão no Direito, afetando o indivíduo e a coletividade[280].

Polaino Navarrete afirma que o objeto da ação ou material (animado ou inanimado), pessoa ou coisa (animal) é aquele sobre o qual se realiza o movimento corporal do autor, que pratica uma conduta típica. O objeto pertence ao mundo naturalista da realidade, enquanto que o bem jurídico corresponde a uma valoração sintética[281].

O objeto de ação é uma entidade externa sobre a qual recai o movimento, o mesmo podendo ser dito nos casos de omissão imprópria, pois o não fazer tem relação causal com o objeto lesionado. Nos casos de omissão própria, por faltar *resultado externo e, portanto, qualquer conexão legal entre ele e o movimento corporal (...) é também inexistente o objeto da ação, porque não é materialmente realizado...*[282]*.* O mesmo pode ser dito nos crimes de mera atividade, onde não há modificação externa do mundo. O objeto material é o substrato sobre o qual recai a manifestação de vontade antijurídica. O objeto de ação é inexistente nos delitos em que a conduta se esgota na manifestação de vontade desconectada do mundo exterior[283].

---

[278] JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal. Tomo III. El Delito*. 4ª Edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Losada, S. A., 1963, p. 107.
[279] JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal. Tomo III. El Delito*. 4ª Edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Losada, S. A.. 1963, p. 107.
[280] MERKEL, Adolf. *Derecho Penal.* Madrid: España Moderna, 1910, p 17 e seguintes.
[281] POLAINO NAVARRETE, Miguel.*El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 39.
[282] POLAINO NAVARRETE, Miguel.*El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 40.
[283] POLAINO NAVARRETE, Miguel.*El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 41.

Fernandez afirma que o objeto material do delito é aquele sobre o qual recai a conduta típica (o comportamento descrito no tipo penal), enquanto que o bem jurídico não aprece descrito no tipo, mas define um valor tutelado pela norma penal[284].

Na mesma linha Rodriguez Devesa e Gomez dizem que o objeto material é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a ação do delito, sendo que nem em todos os delitos têm um objeto material[285]. *Só pode ocorrer nos crimes de resultado, onde a ação transcende produzindo uma modificação no mundo exterior* [286].

Importante observação de Polaino Navarrete no sentido de que o objeto de ação não constitui característica comum de todo tipo de delito, nem é componente imprescindível do conceito de delito, mas somente naqueles de resultado, entre um fazer ativo e uma omissão imprópria[287].

O objeto de ação ou material representa um componente imprescindível nos crimes de resultado, muito embora não seja um elemento essencial do conceito de delito, dado o seu caráter fragmentário.

2.5 O objeto de proteção e o objeto de ataque

O objeto de proteção ou jurídico distingue-se[288] do objeto de ação ou objeto material[289], diferenciação que reflete na compreensão do conteúdo do injusto penal, bem como no papel de cada conceito dentro da teoria do delito. Enquanto o objeto de ação é marcado pela concretude, objeto jurídico é uma

---

[284] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.96.

[285] *No debe confundirse el objeto material con el llamado «objeto jurídico» u objeto de ataque, que es el bien jurídico que se trata de proteger al incriminar la conducta en cuestión (30). En todos los delitos hay un interés juridicamente protegido, lo que no ocurre, como acabamos de ver, con el objeto material.* RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte general.* Decimoséptima edición. Madrid: Dykinson, 1994, p. 398.

[286] RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte general.* Decimoséptima edición. Madrid: Dykinson, 1994, p. 399.

[287] POLAINO NAVARRETE, Miguel.*El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 42.

[289] *... es de tener presente que, en una amplísima serie de supuestos delictivos, ni siquiera el objeto material de la conducta típica y el sujeto pasivo ofrecen punto de coincidencia alguno. En el hurto, v. gr., sujeto pasivo es el titular del derecho de propiedad, y objeto material de la acción, la cosa mueble ajena susceptible del desplazamiento patrimonial.* POLAINO NAVARRETE, Miguel.*El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 56.

abstração normativa[290]. Este último é essencial à antijuridicidade material do delito, ou seja, o objeto de proteção é a razão de existência de um tipo penal e funciona como garantia de que são concretos os bens e valores do indivíduo ou da sociedade tutelados pelo Direito Penal.

Segundo Strantenwerth:

> Este objeto do fato deve ser estritamente distinguido do bem jurídico, a situação para a qual a proteção jurídico-penal é fornecida, especialmente no caso de crimes contra interesses individuais ... Pois, em primeiro lugar, muitos bens jurídicos carecem por completo de um substrato corporal ou material(...) Cria confusão, no entanto, o fato de que, às vezes, a definição de bem jurídico se separa completamente da situação real protegida e é referida ao "valor abstrato" ou "ideal "Como tal; pode então ser designado como o objeto da ação também objetos não corporais ou mesmo "valores sociais" (como a "reivindicação de respeito pelos lesionados"). Mas o conceito do objeto da ação perde todo significado autônomo se for para se referir à realidade do bem jurídico. Em segundo lugar, o bem jurídico nunca consiste apenas em seu substrato corporal - caso o tenha -, mas inclui sempre também a relação com o indivíduo ou com a generalidade a favor de quem é protegido. Assim, o objeto do fato é o corpo humano, enquanto o bem jurídico é o "ter" um corpo intacto, como precondição para uma vida desimpedida; (...) Em terceiro lugar, finalmente, a ação delitiva também pode ser realizada sobre um objeto de corpo que não configura o substrato material de um bem jurídico, como, por exemplo, embora em certa medida seja discutido, no caso de crimes contra o meio ambiente[291].

Mezger lembra que há ocasiões em que o objeto de proteção pode coincidir exteriormente com o objeto de proteção:

> Outro do que o objecto da acção (no facto objecto) é o objecto de protecção (sob ataque) de crimes diferentes. Este não é um objeto externo, físico no qual a ação é normalmente realizada, mas protegido no objeto tipo invejosa, ou seja, o legalmente protegidos pelo direito penal e atacados pelo crime. Por vezes eles podem sobrepor-se externamente o objecto da acção e o objecto de protecção, por exemplo, no ponto 211 ou 223 do código (Integridade corpo); outras vezes, no entanto, são separados claramente, por exemplo, no parágrafo 242 do Código (roubo: o objeto da ação é a coisa, o objeto de proteção, a propriedade). Mas no primeiro caso são distinguidos conceitualmente Assim, no parágrafo 211, é o tema do homem h ação como parte membro externo do mundo corporal, e é protegida homem como parte perfeita membro do mundo invidious de direito. O objeto da ação é sempre parte integrante do tipo legal (12); o objectivo da protecção contra este valor representa o conteúdo e auto, o que significa que a montagem e manifesta a sua avaliativo completamente,

---

[290] *En todos los delitos de resultado, sin constatarse la presencia del objeto material, ni siquiera existe conducta consumativa a la ciue puedan referirse los predicados determinantes del carácter delictivo del comportamiento. Por el contrario, en la totalidad de los tipos legales, sin la referencia al bien jurídico protegido no parece justificarse la existência de ningián hecho punible.* POLAINO NAVARRETE, Miguel.*El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 53.

[291] STRATENWETH, Günther. *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible.* Navarra: Editorial Aranzadi, SA, 2000, p. 126-127.

> ou seja, uma "síntese" desse tipo. Portanto, não o objeto da ação, mas o objeto de proteção, é crucial para um, do ponto de vista valorativo, para a parte especial do Código Penal[292].

Maurach também adverte que a eventual coincidência entre o objeto da ação e o bem jurídico não pode levar à equiparação dos conceitos[293].

Quintano Ripolles ao interpretar a questão do aborto afirma que *a consideração de um feto vivo como um objeto material e bem jurídico do aborto não deve ir tão longe a ponto de considerá-lo como um sujeito passivo do crime* [294].

Por outro lado, Rodrigues Devesa e Gomez afiirmam que o sujeito passivo do delito pode coincidir com o objeto da ação, como no caso do homicídio[295].

Nessa esteira, o próprio Polaino Navarrete afirma que não vê inconveniente no fato de que em numerosas situações o objeto da ação seja representado pelo próprio sujeito passivo do delito. Afinal, todo sujeito passivo de um delito de forma imanente é o receptor da ofensa ao bem garantido pelo Direito Penal, enquanto titular do referido bem, muito embora terceiros possam ser afetados indiretamente sem se tornarem sujeitos passivos (por exemplo, a viúva de um homem vítima de homicídio)[296].

O objeto de proteção é pressuposto lógico do objeto de ataque[297] (também chamado de objeto de ação, objeto do fato ou objeto do ato), noção que supõe uma realidade material, o que seria, em princípio, contrário ao caráter normativo de bem jurídico. Nessa linha, Polaino Navarrete entende mais

---

[292] MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Madrid: Editorial revista de Derecho Privado, 1933, p. 317.

[293] *Para la interpretación, exclusión del injusto, capacidad para el ejercicio de la querella penal, etc., atiende el derecho no al objeto de la acción, sino al bien jurídico y a la persona de su titular.* MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal.* Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 252-253.

[294] QUINTANO RIPOLLES, Antonio. *Tratado de la Parte Especial Del Derecho Penal. Tomo I. Infracciones contra la persona en su realidade física*.2." edición. Madrid: Editorial revista de Derecho Privado, 1972, p. 611;

[295] RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte general.* Decimoséptima edición. Madrid: Dykinson, 1994, p. 399.

[296] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 56.

[297] *En la lesión o puesta en peligro de un objeto de ataque (por ej.: la vida de un hombre, la seguridad de un conductor o un peatón) que el precepto penal quiere asegurar en cuanto concreta forma de aparición del bien jurídico protegido, radica el desvalor del resultado del hecho punible*. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* Volumen primero. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A., 1981, p. 10.

adequada a expressão objeto de ataque[298]. Por outro lado, esse autor entende que a concepção de bem jurídico que equipara objeto de ataque com objeto de proteção tem natureza idêntica[299], pois o objeto de ataque é a pessoa ou coisa sobre a qual se desenvolve a conduta humana, com um aspecto material (conduta física) e ideal/abstrata, como conduta contrária à lei[300].

2.6 Objeto do bem jurídico

Polaino Navarrete, baseando-se na doutrina de Arturo Rocco, propõe uma delimitação terminológica para a questão do objeto do bem jurídico, distinguindo-o do objeto de proteção (objeto externo da ação, ou objeto da ação) como sugerido por Mezger[301]. Para tanto, sugere a classificação em objeto substancial genérico, específico e objeto formal[302].

---

[298] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 58.

[299] *El concepto de bien jurídico de los distintos tipos penales, con el que en todo su sentido dogmático se equiparan el objeto de protección y el objeto de ataque, lia llegado a ser representado como un índice del vaior objetivo reducido a la fórmula más sencilla, al que la ley penal concede su garantía.* POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 59. Na mesma esteira, Mezger: *O bien se dice: dentro de los preceptos jurídicos que se refieren al castigo de una conducta procede distinguir entre preceptos jurídicos que se refieren al "bien jurídico protegido (objeto de protección)" y aquellos otros que contienen la "norma protectora", esto es, la propia y verdadeira ley penal.* MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Madrid: Editorial revista de Derecho Privado, 1933, p. 127.

[300] Segundo Polaino Navarrete*, "En efecto, si se adopta como válida la acepción del objeto de ataque como objeto de acción, sólo se incorpora en rigor al objeto de acto un sinónimo ciue forzosamente tiene también exclusiva validez para certo grupo de delitos: los delitos de resultado, que permiten un ataque físico y una alteración material vinculada causalmente al mismo. Consiguientemente, aquellos delitos que carecen de resultado (delitos de mera actividad y de omisión pura) estarón tambien privados de objeto de ataque, porque la acción no exigeen ellos conforme la estrutura del tipo la Irrogación de ningún cambio en el mundo externo, sino que el delito se consuma con el "ataque" en el sentido de manifestación de la voluntad a través del mero movimiento corporal o del no hacer antijurídicos".* Contudo, o ataque representa o próprio conteúdo material do injusto, ou seja, um ataque ao objeto concreto da tutela penal e não ao ordenamento jurídico em geral, uma vez que em todo delito, há um ataque mediato à lei. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 61-62.

[301] *El objeto del delito. Cuando hablamos del objeto del delito nos referimos al llamado objeto de la acción. Como tal se entiende aquel objeto corporal sobre el que la acción tipicamente se realiza.* MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Madrid: Editorial revista de Derecho Privado, 1933, p. 316.

[302] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 70.

Rocco afirma que o delito é uma violação dos preceitos de Direito Penal (ação juridicamente ilícita), separando o objeto do delito do objeto da tutela penal e o objeto substancial do delito do objeto formal.

O objeto substancial do delito (aquilo que é efetivamente lesionado ou ameaçado de lesão) não se distinguiria, em princípio, do objeto da tutela penal, mas apenas ao momento de referência, ou seja, no momento anterior à lei penal fala-se em objeto de tutela penal, sendo que se fala em objeto substancial quando ocorre violação da norma penal. O objeto substancial do delito é o objeto da tutela jurídico-penal (aquilo que é protegido pelo Direito Penal), representando sempre um bem ou interesse humano[303]. Nessa esteira, Rocco distingue objeto substancial genérico e específico. O objeto substancial genérico é o interesse do Estado em assegurar as condições de vida em sociedade, enquanto que o objeto substancial específico é o próprio bem do sujeito passivo do delito. Esse objeto específico pode variar em qualidade de acordo com a espécie de delito, dependendo do interesse penalmente tutelado, enquanto que o objeto substancial genérico permanece único e constante, posto que todo delito é uma conduta antissocial, reconhecida pelo legislador[304].

Já o objeto formal do delito é o direito público subjetivo do Estado de impor aos indivíduos a observância e obediência dos preceitos penais, sob ameaça de aplicação de uma sanção[305].

2.7 Evolução do conceito de bem jurídico de acordo com as teorias do crime

Ao longo de quase duzentos anos de discussões acerca do bem jurídico, a dogmática tem encontrado nele um ponto de apoio para a crítica do Direito Penal positivo[306]. Com efeito, a ideia de proteção de bens jurídicos demonstra a racionalidade (influência do Iluminismo) do sistema penal, definindo

---

[303] ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribuición a las teorías generales del delito y de la pena.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2001, p. 573-574.
[304] ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribuición a las teorías generales deldelito y de la pena.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2001, p. 575.
[305] ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribuición a las teorías generales deldelito y de la pena.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2001, p. 575.
[306] Polaino Navarrete afirma que "*sin la presencia de un bien jurídico de protección prevista en el precepto punitivo, el propio Derecho Penal, además de resultar materialmente injusto y ético-socialmente intolerable, carecería de sentido como tal orden de derecho".* POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 21-22.

o que deve ser ou não objeto de tutela penal. Entretanto, a dificuldade de determinar o que será objeto da referida tutela, tem levado a doutrina a buscar um conteúdo real/determinável do conceito de bem jurídico.

Historicamente, nota-se na doutrina uma variação entre posições que privilegiam a função dogmática e sistemática de direito positivo ou as que levam em conta motivos de política-criminal, até a legitimação material baseada na legitimidade da intervenção punitiva no Estado Democrático de Direito. A teoria do bem jurídico, por certo, vem sendo construída ao longo de um processo histórico, com avanços e retrocessos, em que a questão central é a da distribuição da responsabilidade, mediante um processo valorativo, sinteticamente denominado imputação[307]. Nesse ponto, Bacigalupo afirma que *a teoria do crime é, em primeiro lugar, o meio técnico legal para estabelecer a quem certos fatos devem ser atribuídos e quem deve responder por eles pessoalmente*[308].

De fato, sob o aspecto material, para que haja crime é necessária uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, o que ganha mais relevo quando se recorda que o Direito é um instrumento de controle social formal, que busca a uniformidade dos modelos individuais de conduta com modelos universalmente aceitos[309].

Bechara afirma que sob o enfoque do contrato social, o conteúdo material do crime foi definido como a lesão às liberdades asseguradas pelo contrato, de modo que o bem jurídico se tornou um critério negativo à criminalização, ou seja, só há crime se houver lesão ao bem jurídico[310].

Brandão chama atenção para o fato de que *a definição legal de crime desvinculada do bem jurídico representaria um corpo sem alma.* Prossegue ainda o autor: *O crime, portanto, encontra sua essência na síntese do seu*

---

[307] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.94.
[308] BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general.* 2ª edición, totalmente renovada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1999, p. 199.
[309] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.97.
[310] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro.* Revista da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103, Jan/dez 2008, p. 414.

significado material e do seu significado formal, isto é, na síntese do preceito da norma com o bem jurídico tutelado[311].

Hernán Hormazábal Malarée recorda que a ideia de bem jurídico penal surge como referencial material para a norma penal, dentro do Estado liberal. *Primeiro a teoria dos direitos subjetivos de Feurbach e posteriormente a teoria do bem jurídico com Birnbaum (...), expressões da teoria do contrato social* [312].

Segundo Fernández, a compreensão da teoria do bem jurídico passa pela apreciação das coordenadas histórico-sociais (cada modelo de sistema jurídico está ligado ao modelo de Estado e ao tipo de sociedade correspondente). Aquele autor crê numa materialização do bem jurídico, o qual não pode ser entendido como simples valor ou interesse, mas deve presumir um *standard* aceito pela maioria da sociedade[313].

Inicialmente, o Direito Penal iluminista, fundado no princípio da legalidade, visa proibir condutas prejudiciais à sociedade, dentro de uma concepção jusprivatista. Nessa linha, o conceito de bem jurídico vem para servir de limite ao poder penal do Estado, afastando-se do rol de punições possíveis lesões à moral[314] ou à religião[315].

Ao se introduzir no Direito Penal (com o Iluminismo) a ideia de proteção de bens jurídicos, esse ramo do ordenamento jurídico passa a ter a

---

[311] BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime. 4ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 07.

[312] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 08.

[313] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.98.

[314] A conversão da blasfêmia de crime de *laesae majestatis divinae* em uma mera perturbação da paz já se encontra em Montesquieu. Ao segui-lo, a literatura muitas vezes não se contenta com a menor sentença, mas vê na prevenção de blasfêmia apenas objeto de Polícia. Da mesma forma o perjúrio secularizado e reinterpretado como ilícito civil. Perto é fraude, de um crime para que outras penas. Para o suicídio, um dos pecados mais graves que pode cometer um cristão, há a dispensa da punição. *Die Umwandlung der Gotteslästerung vom crimen laesae majestatis divinae in eine bloße Friedensstörung findet sich schon bei Montesquieu. Das auf ihn folgende Schrifttum begnügt sich häufig nicht mit der Strafmilderung, sondern sieht in der Verhütung der Blasphemie nur noch eine Aufgabe der Polizei. Ebenso wird der Meineid säkularisiert und zum bürgerlichen Verbrechen umgedeutet, das man in die Nähe des Betruges stellt, eines Verbrechens also, das anderen schadet. Die Strafen für den Selbstmord, eine der schwersten Sünden, die ein Christ begehen kann, entfallen.* AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz Und schutz der gesellschaft***.** Athenäum Verlag GmbH. Frankfurt: 1972, p. 21.

[315] BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime. 4ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 07-08.

missão de proteção do homem[316], de sua liberdade e da própria sociedade, em contraposição ao Antigo Regime, no qual funcionava como instrumento do arbítrio estatal[317].

Como se verá nos subitens a seguir, o bem jurídico passa por diversas concepções, desde uma visão liberal, quer seja pelo positivismo, teleológica, valorativa, constitucional, até sociológica e funcionalista.

2.7.1 A teoria de lesão a direito subjetivo, de Von Feurbach

Em seu Tratado de Direito Penal, Paul Johann Anselm Ritter Von Feurbach buscou identificar qual seria o objeto de proteção do Direito Penal, o qual deveria ser direitos subjetivos. Estes *são o conjunto dos direitos privados ou individuais, atribuídos às pessoas que são titulares desses direitos*[318]. Trata-se da chamada tese da ilustração, *segundo a qual o delito seria uma lesão de um direito subjetivo*[319]. O crime é uma lesão aos direitos garantidos pelo contrato social:

> *Quem exceder os limites da liberdade legal comete um dano ou lesão jurídica Aquele que prejudica a liberdade garantida pelo contrato social e assegurado por leis criminais comete um crime. Portanto, crime é, no sentido mais amplo, uma lesão contida em uma lei criminal, ou uma ação contrária ao direito da outra, baseada em uma lei criminal. As lesões também são possíveis fora do Estado, mas os crimes são apenas dentro do Estado.*[320]

A prática do crime seria uma lesão a direito (possui natureza ideal), na medida em que o direito é uma proposição de dever-ser e a lesão a este não

---

[316] Juarez Tavares critica a afirmação de que o bem jurídico constitui pressuposto do tipo (proteção), uma vez que essa proteção possui conteúdo real. A formulação de um tipo penal não protege efetivamente um determinado bem jurídico, o qual funciona como mera referência formal. Além disso, o tipo seria não um instrumento de garantia, mas uma forma de proteção e reprodução do sistema. TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en Derecho Penal***.** Hamurabi: Buenos Aires, 2004. p. 11-12.
[317] BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime. 4ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 08.
[318] BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime. 4ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 09.
[319] TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en Derecho Penal.* Hamurabi: Buenos Aires, 2004. p. 17.
[320] FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania.* Traducción al castellano de la 14ª edición alemana. Editorial Hammurabi SRL: Buenos Aires, 1989, p. 64

se concretizaria no mundo dos fatos, no mundo exterior, atingindo o próprio Direito em si[321].

Segundo Fernández, o jusnaturalismo contratualista resultou em um Direito Penal secularizado, cabendo ao Estado assegurar a liberdade e o bem comum[322].

2.7.2 A idealização do conceito de bem jurídico por Birnbaum

Johann Michael Franz Birnbaum põe-se a criticar a teoria de Feurbach, no sentido de que o ilícito corresponde à lesão de um bem (*gut*) e não de um direito, sendo que tais bens preexistem ao direito e são dados ao homem pela natureza ou pela sociedade[323].

Segundo Polaino Navarrete, as ações delituosas (antijurídicas) não afetam o direito de que os indivíduos sejam titulares, mas o bem que juridicamente é atribuído a alguém.[324]

> Com o entendimento de que integra um bem - e não uma relação jurídica positiva – o objeto da proteção penal, a índole essencial do mesmo vem assumir um sentido determinante da gravidade e do caráter da respectiva lesão ou colocação de perigo a ele conectadas.[325]

Trata-se do período histórico denominado Restauração, com uma reação da nobreza deposta pelas revoluções iluministas à burguesia que adquirira a hegemonia política, econômica e social[326]. De acordo com Fernandez, a tese de lesão a direitos subjetivos proposta por Feurbach era uma generalização abstrata e excessiva em tempos do novo contexto da revolução industrial, que exigia uma intervenção penal do Estado, mais intensa [327].

---

[321] Ainda segundo Brandão, segundo a teoria de Von Feurbach o homicício, por exemplo, não seria uma lesão à vida, mas do direito à vida. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime. 4ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 09.

[322] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.99.

[323] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.15.

[324] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 101-102.

[325] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 102.

[326] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Juridica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 20.

[327] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.15-16.

Para Birnbaum, o bem (jurídico) se encontra no mundo das realidades, onde se produzem as contradições das normas penais, colocando no centro de sua teoria o âmbito do fático, concreto e não o *abstrato, valorativo e espiritual das noções jurídicas pré-existentes:*

> Quando falamos do conceito jurídico natural de crime, por isso entendemos que o que pode ser visto na sociedade civil como uma ofensa na natureza do Direito Penal racionalmente, ele está em um conceito comum (...). Mas é uma lesão de direito que estava aqui, provavelmente, considerada pela maioria dos legisladores, apesar de uma desaprovação deste ponto de vista que foi expresso agora (...). [156] Em particular, a definição mais influente torna-se a de Feuerbach, segundo a qual um crime ao abrigo do Direito Penal, é uma ameaça aos direitos de outrem em uma ação conflitual […] [157] […] Nós [temos] aqui não a tarefa principal a fazer […], investigar se a única lesão jurídica pode ser punida como um crime de acordo com a natureza das coisas (...) (Tradução nossa, BIRNBAUM, 1834, p 149.) [328].

Não obstante as intenções de dar concretude ao conceito de bem, Birnbaum não consegue lhe definir um conteúdo, o que acaba por invalidar seus objetivos de limitação do *jus puniendi*, diante de uma eventual decisão política, conforme critica Amelung:

> Bens, no entanto, são objetos que os sujeitos afirmam que têm um valor. A proposição geral estabelecida de que em sua lesão se estabelece o dano real, cria um conceito construtivo de crime - subjetivada: isso depende do que os sujeitos do julgamento considerem o assunto como crime[329].

Com isso, a ideia de Birnbaum, naquele contexto histórico, surge como uma restauração do poder do Estado para poder incriminar sem as

---

[328] *Wenn wir vom natürlichen Rechtsbegriffe des Verbrechens redden, so verstehen wir darunter dasjenige, was nach der Natur des Strafrechts vernunftgemaäß in der bürgerlichen Gesellschaft als strafbar angesehen werden kann, insolfern es in einen gemeinsamem Begriff zusammengefßt wird. Es ist aber eine Rechtsverletzung hierwohl von den meisten Gesetzgebern angesehen wurde, obgleich hin und wieder schon früher eine Mißbilligung dieser Ansicht ausgesprochen worden ist. [156] Insbesondre einflußreichist die Feuerbach Definition geworden, nach welcher das Verbrechen eine unter einem Strafgesetz bedrohte, dem Rechte eines Andern widersprechende Handlung gennant wird […] [157] […] Wir [haben] e suns hier nicht zur Hauptaufgabe gamacht […],* BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens. Archiv des Criminalrechts* (1834) In: VORMBAUM, Thomas (Hrsg). Moderne deutsche Strafrechtsdenker. Springer: Belin Heidelberg, 2011. p 149.

[329] *Güter sind dagegen Objekte, von denen Subjekte behaupten, daß sie einen Wert haben. Wird der allgemeine Satz aufgestellt, daß in ihrer Verletzung der eigentliche Schaden liege, so wird ein darauf aufbauender Verbrechensbegriff subjektiviert: er hängt davon ab, was die wertenden Subjekte zum Gegenstand des Verbrechens erheben.* AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz Und schutz der gesellschaft***.** Athenäum Verlag GmbH. Frankfurt: 1972, p. 48.

limitações propostas por Feurbach, permitindo, por exemplo, a punição de fatos contrários à moral ou à religião.

A ideia de bem jurídico como objeto de proteção penal no Estado vem com Karl Binding, como se verá na sequência.

2.7.3 O Positivismo normativo de Binding

Com o fracasso das revoluções sociais de 1848, a burguesia se consolida com seu modelo econômico liberal, sem intervenção do Estado, este alheio ao processo produtivo (defensista)[330]. Na Alemanha, devido à pouco atuação da burguesia, o Estado intervém para a defesa social[331].

No plano filosófico, o pensamento hegeliano começa a ceder espaço para o positivismo de Comte, o qual aplicava o método das ciências naturais às ciências sociais. *O método das ciências sociais passa do dedutivo ao indutivo e o objeto passa da ideia para o assunto. O pensamento é acrítico, isento de qualquer valoração* [332].

O método do positivismo jurídico se negava a introduzir juízos de valor ou referências metajurídicas na elaboração do Direito Positivo, ao contrário da época de Feurbach, em que eram empregados critérios extrapositivos (racional-ideal ou históricos), convertendo o positivismo jurídico em um normativismo formalista[333]. O positivismo garantia maior vinculação do juiz à lei, valendo-se de conceitos formais, conectados ao máximo à lógica[334].

---

[330] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por La norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 34.a

[331] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.99-100.

[332] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por La norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 34-35.

[333] MIR PUIG, Santiago. *Introdución a las bases del Derecho Penal.* 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires: ID de F, 2003, p. 188-189.

[334] *El concepto clásico de delito procedía del estilo de pensamiento del positivismo científico. Bajo el mismo se comprende una visión rigurosamente limitada al Derecho y su interpretación que buscaba aprehender todos los problemas del Derecho con argumentos siste-mático-conceptuales, dejando fuera de la Dogmática jurídica las valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos y los datos sociológicos. De este modo se originó una imagen formal y exterior de las cualidades del comportamiento humano que tenían que ser incorporadas en la estructura del concepto de delito.* JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Editorial Comares, S.L., 2002, p. 218.

Karl Binding, em sua obra denominada *Die Normen und ihre übertretrung*, desenvolve uma teoria "objetiva", centrada no Direito Positivo e livre de toda consideração filosófica ou metajurídica. A lei é um produto de uma racionalidade inquestionável do Estado[335]. Nessa esteira, se não há considerações (filosóficas ou metajurídicas) além da norma positivada, esta criada pelo Estado, então o objeto de proteção do Direito Penal, o bem jurídico, que passa a ser criado pelo legislador:

> Binding, portanto, vincula o conceito de bem jurídico ao Estado, mas o faz a partir da norma, o que dá ao legislador, dentre outras, a atribuição de escolher quais são os objetos da tutela da lei penal, pois ele monopoliza a criação do Direito Penal. Não existirá, portanto, objeto de tutela anterior a ele, mas esse objeto é uma criação legislativa. Nesse sentido, Binding(...) constrói a nomenclatura bem jurídico (*Rechtsgut*), que se identificará como tudo que for considerado como tal pelo legislador, pois cabe a este último construir a noção do que é bem jurídico[336].

Binding apresenta o bem jurídico no plano da lei e não no plano da norma. O bem jurídico é um valor social escolhido pelo legislador, interpretação teleológica do Direito Penal.

> Em Binding, o Direito Penal não se destina a tutelar direitos subjetivos. Assim, o autor contrariava parte da doutrina penal do século XIX, a qual categoricamente afirmava ser a tutela dos direitos subjetivos o objeto da tutela penal. É recorrente, por essa razão, a afirmação que a lei penal na obra de Binding não guarda relação com os direitos subjetivos, ou mesmo a afirmação que aponta um rompimento do autor com a noção de direito subjetivo. Essas afirmações, entretanto, são simplificações indevidas, as quais traduzem uma manifesta incorreção, pois para Binding a lei penal se situa em meio ao direito subjetivo, porque a finalidade de todas as proposições jurídicas é originar direitos subjetivos ou mandatos, aos quais se lhes correspondem ou condutas positivas ou atitudes omissivas[337].

O legislador é quem decide o que é valioso para a vida em sociedade – bem jurídico –, o qual não é algo natural[338], nem preexistência ao direito, mas é criação deste, de modo que a lesão ao bem jurídico é uma lesão ao direito

---

[335] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.18.
[336] BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime. 4ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 13.
[337] BRANDÃO, Cláudio. *Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime*. *DELICTAE*, Vol. 3, N°4, Jan.-Jun. 2018, p. 21-22.
[338] Bem jurídico está agora não no direito, mas aos olhos do legislador como sendo ais a vida saudável, um valor para a própria comunidade jurídica, sem modificações e sem perturbações (tradução livre). BINDING, Karl. *Grundriss des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil*. Leipzig_ Felix Meinar, 1913, p. 113.

subjetivo público do Estado. O crime é uma infração ao dever de obediência às normas do Estado (toda norma possui um bem jurídico), aumento do poder de coerção do Estado[339] e reduzindo o cidadão a mero súdito da norma[340]. *O indivíduo é apenas o destinatário da regra e o destinatário de uma penalidade essencialmente retributiva*[341].

Como conteúdo material desse bem jurídico, pode ser identificado como um valor essencial à condição de vida saudável da comunidade jurídica, devendo ficar a salvo de lesões ou perigo de lesões[342].

Importante ressaltar que os direitos subjetivos não são violados diretamente pelo ato criminoso. O que é lesionado ou colocado a perigo de lesão são os bens jurídicos reconhecidos pelo direito: vida, liberdade etc. Nos bens jurídicos se concretiza a lesão aos direitos subjetivos.

2.7.4 O positivismo naturalista de Von Liszt

Franz Von Liszt se opõe ao pensamento de Binding, vinculando o bem jurídico à ideia de fim do Direito Penal, na medida em que este deve proteger objetos concretos (do mundo exterior). O bem jurídico transcende o âmbito do exclusivamente jurídico. O Direito Penal existe para proteger as condições de vida em sociedade. O bem jurídico encontra-se em uma realidade externa ao Direito, possuindo um caráter material, pré-existente à norma penal e que é identificado (não criado) pelo legislador e alçado a uma proteção jurídica.

---

[339] Bustos Ramirez e Malaraée criticam a esse modelo jurídico, o qual é incompatível com o Estado Democrático de Direito: *Como hemos expuesto anteriormente, la norma es un producto histórico, relativo y revisable y no el resultado de una mente privilegiada como sugiere la teoría de los imperativos. No debe olvidarse que la teoría de los imperativos es el reflejo en el Derecho Penal de la teoría de los derechos subjetivos del Estado. Conforme a esta teoría el Estado es titular de un derecho subjetivo público (Jellineck, 1978) que le reconoce el «derecho de mandar, sin mayor contenido apto para exigir la obediencia y ejercer el imperio» (Binding, 1916, 96). A nuestro juicio el mantenimiento de esta teoría como fundamentación material del Derecho Penal es incompatible con un Estado social y democrático de derecho.* BUSTOS RAMÍREZ, JuanJ., MALARÉE, Hernán Hormazóbal. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1997, p. 39.

[340] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.19-20.

[341] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal***.** Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 46.

[342] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 41.

Liszt afirma:

> Todo direito existe para o homem. Sua finalidade é a defesa dos interesses da vida humana [Lebensinteressen]. O direito é, por sua natureza, a proteção de interesses; a ideia de fim dá força geradora à lei.1. Chamamos Bens Jurícios (1) aos interesses protegidos por lei. O bem jurídico é um interesse legalmente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. A ordem legal não cria interesse, a vida cria; mas a proteção da Lei eleva o interesse vital ao bem jurídico. A liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência eram interesses vitais, como os direitos autorais e inventores, muito antes de serem garantidos pela Constituição contra a interferência arbitrária do poder do Estado, ou por léxico. É criminoso, contra violações vindas de indivíduos. A necessidade cria a defesa e com a mudança de interesses varia o número e o tipo de bens jurídicos[343].

Vê-se que o bem jurídico, segundo von Liszt, expressa um Direito Penal de defesa da sociedade e não do Estado, sendo um bem dos homens e não do Direito, vinculado a uma realidade social, sujeita a constante revisão crítica[344].

Fernandez, por outro lado lança olhar crítico sobre a posição de Von Liszt na medida em que, no final, a ideia de bem jurídico depende de um interesse do Estado, pois este ainda formulará um juízo de valor sobre o objeto de proteção em sociedade. Para esse autor, a diferença entre o pensamento de Binding e Liszt, reside no fato de que para o primeiro o *jus puniendi* se legitima na própria autoridade da norma (desobediência à lei imposta pelo Estado), enquanto que para Liszt confere ao bem jurídico um substrato material; o bem se vincula somente a situações materiais[345].

Importante ressaltar que, ao dar contorno material ao bem jurídico, Liszt separa a antijuridicidade da culpabilidade, inserindo o bem jurídico dentro da primeira, correspondendo à dimensão material da antijuridicidade. A conduta será formalmente antijurídica quando violar as normas penais estabelecidas pelo legislador, enquanto que a violação material corresponde à própria violação do bem jurídico (o bem da vida descoberto pelo legislador).

Para von Liszt:

---

[343] LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Traducido de la 20ª edicion alemana. Tomo segundo. Instituto Editorial Reus, S.A.: Madrid, 1927, p 06.

[344] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.22.

[345] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.23-24.

> O crime, na medida em que constitui uma fração (*Unrecht*), é como o delito civil, um ato de culpa CONTRÁRIO AO, DIREITO (1). Esta REPROVAÇÃO jurídica, que recai sobre o ato é dupla. 1. O ato é **formalmente** contrário ao direito, na medida em que é uma transgressão de uma regra estabelecida pelo Estado, um mandato ou uma proibição da ordem jurídica. 2. O ato é **materialmente** ilegal, na medida em que significa uma CONTRADIÇÃO À SOCIEDADE (anti-social). O ato contrário ao direito é um ataque aos interesses vitais dos indivíduos ou da comunidade, protegidos por normas jurídicas; conseqüentemente, uma lesão ou risco de lesão a um bem jurídico(Grifo nosso) [346].

2.7.5 O neokantismo e sua reação ao positivismo

Segundo Mir Puig[347], a moderna teoria do delito nasce sob a influência do modelo positivista, caracterizado pelo rechaço à metafísica, por um método descritivo e classificatório próximo das ciências naturais, excluindo os juízos de valor, com o objetivo de garantir segurança jurídica.

Enquanto o positivismo se valia do método das ciências naturais (avalorado) para explicar os fatos sociais, o neokantismo vê o Direito Penal como uma ciência cultural, não estando o bem jurídico vinculado à atividade do legislador, mas à esfera cultural, de onde se extraem signos positivos ou negativos aos objetos[348]. *O positivismo, com base em evidências empíricas cientificamente verificáveis e, portanto, supostamente objetivas e neutras, é apresentado como uma teoria do conhecimento universal...*[349].

Os autores neokantianos mantiveram a distinção entre formas *a priori* (aquelas que independem da experiência do homem) e que o conhecimento científico se obtém da aplicação daquelas formas à matéria. Mas, diferentemente de Kant, entendem que o conhecimento científico não se reduz às ciências da natureza. Haveria uma diferença entre o conhecimento obtido por meio das ciências do espírito em face de suas formas *a priori* e aquelas obtidas por meio

---

[346] LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Traducido de la 20ª edicion alemana. Tomo segundo. Instituto Editorial Reus, S.A.: Madrid, 1927. p 335-336;

[347] MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho Penal.* Revista eletrónica de Ciência Penal y Criminología, 2005, p. 03.

[348] BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime. 4ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.

[349] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 59.

das formas *a priori* nas ciências naturais, ou seja, haveria uma diversidade entre o objeto e o método das ciências naturais e das ciências da natureza[350].

A reação neokantista no início do século XX, representada pelas escolas de Marburgo e Baden, afirma que nem a ação, nem a antijuridicade, nem a culpabilidade podem ser entendidas adequadamente sem um significado valorativo[351]. Há a reinserção da discussão valorativa na seara jurídica.

Segundo Cardenal Montraveta, a escola de Marburgo, para garantir o caráter científico do estudo do Direito (formalismo), concentrava-se nas formas puras (essência do ser) que permitiam uma ordenação e um conhecimento unitário do material jurídico, mediante um método crítico. *O conceito de Direito é um pensamento com validade incondicional geral (...) que confere caráter homogêneo às diversas questões jurídicas (...) e agrupa-as formando uma unidade.* A ideia de justiça nesse ponto é uma orientação na direção de um querer jurídico harmônico em comunidade, ordenando-se o Direito de forma unitária por meio de conceitos e princípios. A escola de Baden parte da distinção entre ciências naturais e ciências culturais, levando em conta a necessidade de considerações valorativas para definir o Direito, o qual é um fenômeno cultural e, portanto, relacionado a um valor[352].

Hormazabal Malarée, ao discorrer sobre o movimento neokantista, identifica duas correntes sobre o bem jurídico: uma que diz respeito à função teleológica[353] e outra que trata o bem jurídico como bem da cultura. Na primeira situação, ao se equiparar valor e fim do Direito, o bem jurídico é visto como critério de interpretação das normas jurídicas, a partir do fim de proteção que

---

[350] CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. *El tipo penal en Beling y los neokantianos*. Tese de doutorado. Barcelona, 2002, p. 297-298. Disponível em http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/41555/1/TOL77.pdf. Acesso em 13 de abril de 2017.

[351] MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho Penal.* Revista eletrónica de Ciência Penal y Criminología, 2005, p. 04-05.

[352] CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. *El tipo penal en Beling y los neokantianos*. Tese de doutorado. Barcelona, 2002, p. 324-327. Disponível em http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/41555/1/TOL77.pdf. Acesso em 13 de abril de 2017.

[353] *En el ámbito del bien jurídico, la Constitución no gravita mayormente, sino que -al contrario- parece carecer de toda relevancia. Esto se traduce en su "desmaterialización" y reconversión a un principio interpretativo o de ratio legis: el bien jurídico constituye ahora una entidad inmaterial, que se concibe en sentido figurado'. Es pues, a todas luces, un concepto teleológico, limitado a una función dogmático-interpretativa, que carece de todo contenido propio y no cumple, ex ante, ninguna función político-criminal en la limitación del ius puniendi; lo cual torna más fácil las cosas a los penalistas nazis agrupados circunstancialmente en la Escuela de Kiel.* FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.106.

nele (bem jurídico) se encerra[354]. Para a segunda corrente, o Direito Penal é um produto cultural, cuja finalidade é a própria cultura (social), de modo que a tarefa do Direito é a proteção de bens culturais e quando essa proteção se dá por meio do Direito Penal, esses bens se tornam bens jurídicos. Cria-se uma relação direta entre a maior ou menor extensão do Direito Penal com conteúdo que o Estado dá a essa ideia de proteção, na proporção de quantos bens culturais devem ser objeto da tutela jurídica[355].

A partir do neokantismo, Fernandez afirma que nasce o chamado causalismo valorativo com Edmund Mezger, que elabora um conceito neoclássico de delito, em que o bem jurídico é o valor objetivo ao qual a lei concede proteção[356].

Para Mezger, o bem jurídico:

> é, ao mesmo tempo, o objeto de proteção da lei, ou, considerado do ponto de vista do agressor, o objeto de ataque contra o qual o crime é dirigido. Bem jurídico, objeto de proteção e objeto de ataque de tipo jurídico-penal, considerado sempre de um ponto de vista diferente, têm, portanto, o mesmo sentido; eles são termos sinônimos [357].

Prossegue o autor alemão no sentido de que o bem jurídico não é um objeto concreto do mundo exterior, mas uma figura ideológica, dotado de valor que possui para o indivíduo (portador direto) e para a sociedade e, por conseguinte, *não precisa estar ligado a ideias materialistas ou negar uma "espiritualização" desse conceito de bem jurídico.* Trata-se de um valor protegido pela lei penal.

O bem jurídico tem um caráter teleológico, pois é a linha diretriz mais importante para a interpretação do tipo penal[358]. *A determinação do bem jurídico deve ser realizada seguindo a lei, considerada como uma diretriz obrigatória, mas ao mesmo tempo e de maneira necessária, de acordo com a lei supralegal.*

---

[354] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Juridico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 63.

[355] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 65.

[356] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p. 28.

[357] MEZGER, Edmund. *Derecho Penal.* Libro de estudio, parte general. Editorial bibliográfica argentina S. R. L. Buenos Aires: 1958, p. 155.

[358] MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Madrid: EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, 1933, p. 334.

[359]. Por outro lado, Fernandez critica esse posicionamento de Mezger, o qual contribui para o Direito Penal do Estado Nacional-Socialista, pela justificação de um Direito punitivo enraizado no espírito cultural do povo[360].

2.7.6 O pensamento finalista

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, colocou-se fim ao regime nacional-socialista na Alemanha, marcado por um autoritarismo irracional, por cuja fonte do Direito era o espírito do povo, fulcrado na superioridade da raça ariana. No âmbito penal, expressa uma crítica das doutrinas que possui uma ligação com o individualismo iluminista, pois representavam uma forma de limitação do *jus puniendi* do Estado[361]. Nessa linha, o bem jurídico só poderia ter uma concepção teleológica, que levasse em conta os interesses do povo alemão [362].

Segundo Hormazabal Malarée, Hellmuth Mayer e Hans Welzel se apresentaram no período do pós-guerra como autores que promoveram uma análise do bem jurídico sob a égide da Lei Fundamental de Bonn, que instituiu no lado ocidental da Alemanha, um Estado Federal Democrático e Social de Direito, salientando que o lado oriental daquele país foi ocupado pela ex-União Soviética, que ali implantou a República Democrática Alemã, com o modelo de economia planificado e o sistema comunista de governo[363]. No plano do Direito Penal, busca-se juntar elementos moralizantes e humanistas do jusnaturalismo com as propostas neokantianas de tendência axiológica, com realce para a teoria da ação marcada pelo dogma causal.

---

[359] MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Madrid: EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, 1933, p. 336.
[360] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p. 29.
[361] Segundo Welzel (1951*), La situación del Derecho Penal y de la ciencia del Derecho Penal está determinada por la tarea de hacer un balance de los problemas que nos han legado los regímenes totalitarios. La practica jurídica de estos regímenes nos ha mostrado en forma muy evidente, y en numerosos aspectos decisivos, los últimos extremos de determinadas teorías tradicionales del Derecho Penal.* Welzel, Hans. *Teoría de la acción finalista.* Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951, p. 09.
[362] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 68-70.
[363] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 71-73.

Os causalistas identificavam a lesão do bem jurídico como a realização do preceito penal e o delito como lesão da norma objetiva. Já os finalistas enxergam o crime, antes de mais nada, como uma ação voltada a um fim, dotada de sentido, antes mesmo de uma lesão ao bem jurídico[364].

Hellmuth Mayer afirma que o desvalor da ação é o núcleo do injusto, o qual é caracterizado por uma lesão a uma ordem de proteção e uma lesão a uma ordem moral realizada por um querer subjetivo manifestado no mundo exterior. São os elementos subjetivos do injusto que expressam uma ação ou estado do autor. Para Mayer, a função do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a manutenção da ordem moral do povo (que compreende a proteção de bens jurídicos), pois a atuação daquele ramo sempre possui uma resposta tardia. O autor ainda diferencia objeto de proteção e objeto de ação. O primeiro é o estado externo cuja lesão é punida, enquanto que o segundo é o objeto do mundo exterior sobre o qual recai a ação punível[365].

Não obstante a observação de que o conceito de bem jurídico para Mayer se aproxime daquele formulado por Von Liszt, quando este afirma que o legislador encontra na realidade social aqueles bens que são fundamentais (transformando a sua proteção em jurídica), Hormazabal Malarée critica o posicionamento de Mayer, pois seu conceito de bem jurídico não serve para limitar o poder punitivo estatal. Isso porque o Direito Penal como proteção de uma ordem moral (através de um ordenamento jurídico) não encontra restrição no poder de criminalização na medida em que há grande discricionariedade para conceituar ordem moral, nem há definição clara do que seja bem jurídico a partir da ideia de valor do mundo exterior[366].

A doutrina de Hans Welzel, por seu turno, sedimenta a dogmática finalista, *fundamentando o sistema do ilícito sobre bases ôntico-naturais e reconstruindo o conceito de ação a partir de estruturas lógico-objetivas da*

---

[364] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 71-76.
[365] MAYER, Hellmuth. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Stuttgart-Köln: W. Kohlhammer Verlag, 1953, p. 51.
[366] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 77-81.

realidade[367]*.* Para Welzel, as normas morais e jurídicas se referem a atos, o que é algo distinto de meros procedimentos causais, sendo que aqueles (os atos) são dirigidos a um objetivo, uma finalidade[368]. Segundo Fernandez, *A orientação de Welzel, transitado por conteúdo ético, atribui ao direito penal uma função ético-social e, para o bem jurídico, circunscreve-o a um "estado social desejável".* cabendo ao Direito Penal a proteção dos valores ético-sociais[369].

Afirma Welzel:

> A ação humana é o exercício da atividade final. A ação é, portanto, um evento "final" e não apenas "causal". A "finalidade", ou a natureza final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças a seu conhecimento causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta, atribuindo, portanto, diferentes fins e direcionando sua atividade, de acordo com um plano, para a consecução desses fins. Graças ao seu conhecimento causal anterior, ele pode direcionar seus vários atos de tal maneira que ele orienta o acontecimento causal externo até um fim e, finalmente, o domina.[370].

Prossegue Welzel afirmando que a atividade final deve ser dirigida conscientemente a um fim, o que é diferente de um acontecer causal, resultante de uma constelação de fatores, de modo que a finalidade é “vidente”, enquanto que a causalidade é “cega” [371].

Quanto ao sentido e à missão do Direito Penal, Welzel afirma que este é parte do ordenamento *que determina as características da ação delituosa e impõe penas* ou *medidas de segurança,* cuja missão é proteger os valores mais elementares da vida em sociedade[372].

O Direito Penal deve proteger os bens vitais para a vida em comunidade[373] (e por via de consequência os bens jurídicos), impondo

---

[367] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p. 37.
[368] WELZEL, Hans. *Introdución a la Filosofia del Derecho.* Madrid: Aguilar, 1974, p. 257.
[369] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.109.
[370] WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.* Traducción y notas por José Cerezo Mir. Segunda reimpresión. Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p. 41.
[371] WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.* Traducción y notas por José Cerezo Mir. Segunda reimpresión. Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p. 41.
[372] WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte general*. 11ª edición. 2ª edición castellana. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 11.
[373] *Aún cuando se la ha reprochado a WELZEL la exclusión del bien jurídico como objeto de protección del derecho penal y su reemplazo por la protección de valores de acto y con ello "etización" del Derecho Penal, lo cierto es que gracias a él volvió a recuperar su sitio en el centro de las teorías sobre el objeto de protección y con él volvió a abrirse la discusión sobre la*

consequências jurídicas à sua lesão, sendo que essa proteção se cumpre quando se proíbe ou se pune as ações destinadas a lesionar bens jurídicos. *Ao punir a lei a não observância efetiva dos valores da consciência legal protege ao mesmo tempo os bens jurídicos aos quais esses valores de ato são referidos* [374].

Sobre o bem jurídico, Welzel o define como sendo um bem vital para a comunidade, que deve ser protegido juridicamente em face de sua significação social:

> De acordo com o substrato, ele pode aparecer nas mais diferentes formas: como um objeto psicofísico ou ideal espiritual (por exemplo, aquele, vida - este, honra), ou como um estado real (por exemplo, a tranquilidade do lar), ou como uma relação de vida (por exemplo, casamento ou parentesco), ou como uma relação legal (por exemplo, propriedade, direitos de caça), ou mesmo como um comportamento de um terceiro (por exemplo, o dever de fidelidade do funcionário público, bem jurídico protegido contra suborno). Então, o bem jurídico é qualquer status social desejável que a Lei queira proteger de lesões. A soma dos bens jurídicos não constitui uma pilha atomizada, mas a ordem social e, portanto, a importância de um bem jurídico não deve ser avaliada isoladamente em relação a si mesma, mas apenas em conexão com toda a ordem social[375].

Entretanto, adverte Welzel que o Direito Penal não protege os bens jurídicos de todos os tipos de lesão, enfatizando assim o caráter fragmentário daquele[376].

Hormazabal Malarée tece críticas à teoria de Welzel quanto à afirmação de que os bens jurídicos são protegidos por meio da proteção de valores, e pelo fato de que os bens jurídicos derivariam da norma, sem levar em conta as relações sociais em determinado período histórico. Trata-se de uma

---

antijurídicidad material como fundamentadora del desvalor de resultado...HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 87.

[374] WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte general*. 11ª edición. 2ª edición castellana. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 12-13.

[375] WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte general*. 11ª edición. 2ª edición castellana. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 15.

[376] *El Derecho Penal lleva a efecto esta protección de bienes jurídicos del siguiente modo: mandando o prohibiendo acciones configuradas de determinada manera. Detrás de sus prohibiciones o mandatos se hallan los elementales deberes ético-sociales (valores de acto), cuya vigencia asegura conminando con pena su lesión. Sólo así obtiene una protección realmente eficaz y permanente de los bienes, y restringida, además, a las formas de agresión reprobables desde un punto de vista ético-social. (...) Tiene que limitarse al castigo de lesiones de los elementales deberes ético-sociales: en ese sentido tiene un carácter fragmentário...*WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte general*. 11ª edición. 2ª edición castellana. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 16-17.

definição formal e não material de bem jurídico[377]. *O essencial no direito penal não é a lesão do bem jurídico, mas a ação que se destina a produzir a lesão desse bem jurídico ou colocá-lo em perigo*[378]*.* Prossegue Hormazabal Malarée que a doutrina de Welzel evidencia um normativismo que está mais voltado a um rendimento dogmático do que político criminal, muito embora tenha resgatado o conceito de bem jurídico para o Direito Penal como elemento formal de legitimação do *jus puniendi* do Estado[379]. Também Bechara critica o posicionamento de Welzel fundado em violação de deveres ético-sociais, pois seria incompatível com as concepções democráticas e pluralistas das sociedades atuais que são marcadas por zonas de conflito e de consenso[380].

2.7.7 Pensamento pós-finalista

O posicionamento pós-finalista volta a colocar o bem jurídico como objetivo de proteção do Direito Penal, que deve levar em conta a realidade social[381]. Segundo Stratenwerth, *o bem jurídico nunca consiste apenas em seu substrato corporal (...) mas sempre inclui também a relação com o indivíduo ou com a generalidade a favor de quem é protegido* [382]*.*

Para Maurach, *é comum designar os interesses protegidos pelo direito penal como bens jurídicos e definir a missão específica do direito punitivo como proteção, com recursos específicos, de bens jurídicos.*[383]. Cabe ao Direito

---

[377] *Este juicio desvalorativo es de carácter subjetivo entanto que afecta a valores ético-sociales. La norma obliga, en consecuencia, según Welzel, por su carácter valorativo fundado en la protección de valores ético-sociales. Por eso es un imperativo, un deber para cada persona. De esta manera, norma de valor e imperativo se integran completamente*. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., MALARÉE, Hernán Hormazóbal. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1997, p. 50.

[378] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 88.

[379] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 89.

[380] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro.* Revista da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103, Jan/dez 2008, p. 416-417.

[381] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p. 43.

[382] STRATENWETH, Günther. *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible.* Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2000, p. 126.

[383] MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal.* Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 249-250.

Penal proteger a ordem jurídica das perturbações mais graves, defendendo interesses que dentro de uma valoração ética não podem prescindir da proteção jurídico penal.

2.7.8 Teorias do bem jurídico fundadas na Sociologia (Funcionalismo e Interacionismo)

Com a implantação do Estado Democrático e Social de Direito na Alemanha ocidental após o fim da Segunda Guerra Mundial, a dogmática do Direito Penal concentrou-se na norma como seu objeto de estudo. Segundo Hormazabal Malarée, o Direito Penal *seria entendido a partir de um normativismo estrito e o que é tratado no mais puro formalismo, é desenvolver um sistema coerente sem fissuras ou contradições internas...* [384].

Nessa linha:

> ... O denominador comum de toda tese sociológica é a negação de abordagens liberais, baseada na subordinação do social ao indivíduo, e a legitimidade exclusiva dos direitos jurídico-criminais em relação aos valores constitucionais ... As teorias sociológico-funcionais giram em torno do conceito-chave de "dano social", porque concebem a sociedade como um sistema de interações, no qual a determinação do bem jurídico depende da funcionalidade ou disfuncionalidade que o fato tem em relação ao desenvolvimento normal do indivíduo. grupos sociais. O sistema social é interpretado como direcionado à conservação de modelos comportamentais[385].

Fernandez lembra que as teorias sociológicas do bem jurídico são consequência de um modelo de Estado de Bem-estar, o qual recobra uma função de garantidor do Direito e reconhece diversos direitos próprios à vida social para os indivíduos, por meio de uma política intervencionista[386].

No pós-guerra buscam limites ao *jus puniendi* do Estado, desenvolvendo teorias de cunho social sobre a dignidade da pessoa humana, necessidade e utilidade da pena e a exclusiva proteção de bens jurídicos, visando uma base material ao conceito de injusto. Com isso, há um

---

[384] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 90.

[385] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p. 117.

[386] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p. 115.

ressurgimento da política criminal, na busca de um fundamento racional para o poder punitivo do Estado, com apoio da Sociologia[387].

2.7.8.1 O Interacionismo social

A corrente denominada interacionismo prega que para o desenvolvimento do homem é preciso a interação deste com o meio cultural em que vive. O homem e o meio em que vive são unidades inseparáveis, com adaptações mútuas, por meio de processos de comunicação simbólicos. O indivíduo passa então a ser condicionado por essa linguagem e reage diante de tais símbolos[388]. *O interacionismo, então, parte do sujeito como um ser reflexivo e que a comunicação como tal é fundamental, porque o que há é uma troca de significados ou símbolos* [389].

Dentro do interacionismo destaca-se a teoria do *labelling approach* ou etiquetamento social, discutida por Baratta [390] que tem por escopo explicar como se dá a resposta social ao comportamento desviante, que possui duas linhas de investigação: uma que estuda o processo de formação da identidade desviada (os efeitos do etiquetamento criminal) e outro que se refere ao problema da formação do desvio, ou seja, o estudo do poder de definir o que é ou não desvio dentro da relação social[391]. No primeiro caso, o etiquetamento provoca uma mudança na identidade social do indivíduo, sendo que a pena e os órgãos do sistema criminal não promovem a reeducação do indivíduo, mas o reforço de sua "identidade" voltada para uma "carreira criminosa", resultado de uma

---

[387] Hassemer, sobre a danosidade social afirma que... *se pone_de manifiesto que la teoría y la práxis del Derecho Penal no_pueden prescindir de las Ciencias sociales y que, más allá del Derecho Penal, se han de tomar en cuenta la necesidad o intereses del sistema social. En segundo lugar, se esclarece que no toda lesión de un interés humano (bien jurídico) exige una reacción mediante el Derecho Penal, sino tan sólo aquella que, además, presenta el carácter „de socialmente danosa..."* HASSEMER, Winfried. *Fundamento del Derecho Penal.* Barcelona: Bosch, Casa Editorial SA, 1984, p. 38.

[388] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 107.

[389] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Criminología y evolución de las ideas sociales.* In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan; MIRALLES, Teresa. *El pensamiento criminológico. Vol. 1 un análisis crítico.* Bogotá: Editorial TEMIS Librería, 1983, p. 40.

[390] Baratta afirma que *El estatus social del delincuente presupone necesariamente, por ello, el efecto de la actividad de las instancias oficiales del control social de la delincuencia.* BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal: introducción a la Sociología jurídico penal*. 1ª ed. 1ª reimp.- Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004, p. 84.

[391] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 90.

estigmatização social. No segundo caso, verifica-se que *criminalidade não é uma qualidade natural de sujeitos e comportamentos, mas uma qualidade atribuída a eles através de processos de definição* [392]

2.7.8.2 O Funcionalismo

A segunda corrente Sociológica é o Funcionalismo[393], também conhecido como Funcionalismo Estrutural ou Teoria Sistêmica, caracteriza-se pela construção de uma Sociologia universal, sem considerações valorativas (neutra), de caráter utilitarista, capaz de superar os conflitos e tensões sociais. Explica que a realidade social é composta por sistemas que se inter-relacionam de forma dinâmica. Segundo Merton, as estruturas sociais não foram fixadas eternamente, nem insusceptíveis a mudanças. Para ele, o analista funcional deve ser capaz de identificar em uma estrutura social valores subjetivos da população, não crer em ideologias pré-estabelecidas, bem como observar quando uma estrutura não se ajusta às necessidades do povo[394].

Outro autor funcionalista é Parsons, segundo o qual um sistema social é uma pluralidade de atores individuais que interagem entre si, em um meio ambiente e que são motivados a obter o melhor grau de satisfação e cujas relações estão intermediadas e definidas por símbolos culturalmente estruturados e compartilhados[395]. Segundo esse autor, a vida em sociedade implica dimensões de conformidade-desconformidade, de modo que existe uma expectativa de atuação "conforme", definindo uma conduta como aceitável ou aprovável, de modo que ... *um comportamento desviante é o resultado de seus processos de interação social (...) é necessário abordar todo o problema com*

---

[392] BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2004, p. 350.

[393] *Evidentemente el funcionalismo está estrechamente vinculado al positivismo, sus preocupaciones son también las de orden y progreso, la solidaridad y el consenso en la sociedad. De lo que se trata es, pues, de superar las deficiencias del positivismo, pero con el mismo objeto de dar un orden a la sociedad capitalista. El criterio de utilidad que venía ya del iluminismo y que traspasó al positivismo encuentra en el funcionalismo una nueva dimensión...*BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Criminología y evolución de las ideas sociales.* In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan; MIRALLES, Teresa. *El pensamiento criminológico Vol. 1 un análisis crítico.* Bogotá: Editorial Temis Librería, 1983, p. 35.

[394] MERTON, Robert K.. *Teoria y estrutuctura sociales.* México: Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 51-52.

[395] PARSONS, Talcott. *El sistema social.* Madrid: Editorial Revista de Occidente, 1966, p. 25.

base na interação social... O controle social se dá através das forças que desejam manter o equilíbrio do sistema, ou seja, manter as expectativas das pautas sociais mais ou menos institucionalizadas [396].

De acordo com Hormazabal Malarée a sociedade é um sistema total, onde cada situação individual tem relação com o todo e deve ser interpretada em relação a esse todo social. *O sistema consiste em uma pluralidade de atores individuais que interagem em uma determinada situação, motivados por expectativas recíprocas.* [397].

Nessa linha, a função/disfunção[398] é representada por um código moral que favoreça ou não condições para o desenvolvimento das relações sociais, a eficácia e a estabilidade destas. Nessa linha, o equilíbrio entre o individual e o social se dá na medida em que há adesão às normas morais, ou seja, ao ajuste das expectativas mútuas, que compartilham o mesmo código moral. O conflito social representa uma disfunção ou desvio por ausência de observância do código moral, uma quebra das expectativas, uma falha no processo de socialização[399].

Parsons afirma que a referência ao moral não é algo absolutamente social, mas a referência social não é possível sem um sistema de ação concreto como integrado em um sentido total, para a definição de direitos e obrigações mútuos[400].

O Funcionalismo possui um caráter positivista e conservador[401], na medida em que se adequa ao poder vigente para manutenção da ordem social,

---

[396] PARSONS, Talcott. *El sistema social.* Madrid: Editorial Revista de Occidente, 1966, p. 259-260.

[397] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 108.

[398] MERTON, Robert K. *Teoria y estrutuctura sociales.* México: Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 61.

[399] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 101.

[400] PARSONS, Talcott. *El sistema social.* Madrid: Editorial Revista de Occidente, 1966, p. 33.

[401] Segundo GOULDNER (1973), *a esta altura, debe ser ya totalmente claro que el carácter ideológico del funcionalismo es de índole conservadora; (...)la preocupación de! Funcionalismo por el "ordem" social ha servido para que proyectara de si mismo una imagen de exclusiva dedicación a las necesidades comunes de todos los elementos de la sociedad moderna, así como de presunta imparcialidade. Al mismo tiempo, sin embargo, esta preocupación por el orden ha determinado a menu do que el funcionalismo se inquietara ante las exigencias de una redistribución básica de los beneficios sociales, lo cual le permitió actuar dentro de y para la forma particular de industrialismo donde surgió, la cual ha sido, hasta hace muy poco,*

a qual é definida por uma adesão ao sistema moral estabelecido pelos poderes vigentes. Nesse ponto, chama atenção a afirmação de Hormazabal Malarée:

> Portanto, o que está em questão é evitar o conflito do indivíduo com o grupo, para manter o equilíbrio do sistema, estabelecendo e reforçando os mecanismos de socialização necessários aos atores do processo social, agindo de acordo com um determinado sistema de valores e valores. padrões morais são transformados em indivíduos úteis para o sistema[402].

Luhmann, trazendo a análise Sociológica para o Direito, afirma que cabe a este promover a confiança dos indivíduos em sociedade, ou seja, a manutenção das expectativas sociais, institucionalizando a confiança entre os atores sociais. O Direito promove a estabilização dos sistemas sociais, devendo ser implementado genericamente, ou seja, a todos os atores sociais, podendo se valer da força física para dissuadir os resistentes, ...*mas principalmente, imprescindível para a construção de uma confiança generalizada no Direito, ou seja ao nível das expectativas sobre expectativas*[403]*.* Na mesma esteira, Muñoz Conde reafirma a necessidade de observância das normas vinculantes por todos os membros da comunidade, onde os homens devem refrear seus desejos em prol da convivência. Esta pressupõe um processo de comunicação ou interação entre os membros do corpo social que é chamada de expectativa. No caso de não cumprimento das expectativas, o sistema elege sanções. O que caracteriza esse tipo de normas é que sua validade não é *modificada de maneira alguma pelo fato de que eles não são cumpridos, ao contrário, (…) seu não cumprimento e a subseqüente sanção confirmam sua necessidade e vigilância*[404]*.*

A face positivista do Funcionalismo se apresenta na medida em que a norma jurídica não pode ser questionada e é fonte de estabilização e confiança na ordem social. Nesse ponto, Baratta critica o Funcionalismo onde nem os

---

esencialmente de carácter capitalista. GOULDNER, Alvin W. *La crisis de la Sociología occidental.* Buenos Aires: Amorrortu editores, 1973, p. 306.

[402] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 99-100.

[403] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito. I.* Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 130.

[404] MUÑHOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y control social.* Bogotá-Colombia: Editorial Temis SA, 2004, p. 9-12;

indivíduos ou grupos sociais são o objetivo do sistema, mas a estabilização deste[405].

No Funcionalismo, a pena age como instrumento de prevenção geral positiva (afirmação das normas do sistema), na medida em que cria uma norma no consciente coletivo (geral e comum) uma opção de vida em sociedade contrária a comportamentos desviados[406].

Amelung enxerga o bem jurídico como as condições de vida em sociedade. Não se trata de objeto individualizado que pode sofrer um dano, mas um fato social que passa por uma valoração do legislador, para ser digno de proteção. O ataque a uma pessoa é uma lesão social, o que retira dela sua individualidade, face ao sistema no qual está inserida[407]. Conforme aponta Hormazabal Malarée, para Amelung o bem jurídico corresponde às condições de existência para a vida em sociedade[408].

Segundo Jakobs, a pena é necessária para manutenção da ordem social e, assim, preservação das expectativas sociais por meio da confiança na norma e na finalidade do Direito, esvaziando-se o conceito de bem jurídico. Trata-se de uma concepção que está distante da concepção de um Direito Penal garantista, que privilegia o ser humano em face do poderio incriminador do Estado. Para esse autor, o Direito Penal não protege bens jurídicos, mas visa garantir a vigência da norma. A sociedade é o resultado da construção de um contexto de comunicação, configurada por meio de normas, as quais lhe conferem identidade.

> para todo o sistema de direito penal, a concepção de punição como meio de estabilização das expectativas normativas. Em outras palavras, a penalidade tem a função de manter a confiança na validade da regra, ao invés de buscar outros efeitos psicológico-sociais ou

---

[405]BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico penal*.- 1ª ed. 1ª reimp.- Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004, p. 123-124.

[406] HASSEMER, Winfired. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal.* México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 18.

[407] *O dogma do bem jurídico, portanto, tem todas as vantagens de "entender" a determinação das ideias de um legislador agindo propositadamente, ao passo que a busca pelas funções sociais de uma norma tem todas as vantagens da ciência social. Das Rechtsgutsdogma besitzt demnach alle Vorzüge „verstehender" Ermittlung der Vorstellungen eines zweckhaft handelnden Gesetzgebers, die Suche nach den sozialen Funktionen einer Norm dagegen alle Vorteile der sozialwissenschaftlichen.* AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz Und schutz der gesellschaft*. Athenäum Verlag GmbH. Frankfurt: 1972, p. 394.

[408] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 111.

> psicológicos-individuais que a punição do estado também poderia produzir[409].

Para Jakobs, a vigência da norma é o bem jurídico penal a ser tutelado. Cabe ao Direito Penal garantir a identidade da sociedade, cujas expectativas são fraudadas pelo fato criminoso. Por meio da pena, há a afirmação de que a conduta criminosa não atende à configuração social em vigor[410]. Entretanto, deve o Direito Penal estar em harmonia com as expectativas criadas pela própria sociedade, de modo que *se a sociedade passa de acordo com regras que são contrariadas pelo Direito Penal, então chegou a hora de uma separação* [411].

A norma penal protege a sociedade e, indiretamente o indivíduo (vida, liberdade...), pois a sociedade necessita de membros com capacidade de ação, além do que o indivíduo precisa da proteção Estado para sobreviver. Com efeito, o que é digno de proteção pelo Direito Penal é o público, ainda quando se protege bem privado, *porque quando algo é elevado a um bem jurídico de uma norma penal, isso significa, por definição, que sua proteção se torna uma tarefa pública* [412].

Jakobs critica o conceito positivista de bem jurídico (situação ou fato valorado positivamente), pois é elástico, trazendo casuísmo ao ordenamento jurídico, sem contribuição para a teoria, mas apenas demonstrando as oscilações e compromissos da prática[413]. Além disso, para aquele, os esforços para a construção de um conceito de bem jurídico não tem produzido efeito, pois: a) a teoria do bem jurídico não consegue demonstrar a necessidade de proteção penal do bem, uma vez que o somatório destes não representa a totalidade da ordem social, mas um setor desta; b) nem todos os bens reconhecidos pelo Direito Penal disfrutam de proteção absoluta[414].

---

[409] JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*. Lima: Palestra Editores S. R. L., 2000, p. 12.
[410] JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad.* Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2004, p. 75.
[411] JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad.* Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2004, p. 87.
[412] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas S.A., 1997, p. 48.
[413] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas S.A., 1997, p. 50.
[414] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas S.A., 1997, p. 55-56.

2.8 Teoria social mista

Hormazabal Malarée classifica a teoria de Hassemer como sendo mista na medida em que reúne elementos do Funcionalismo e do Interacionismo simbólico. Partindo do ponto de que é vaga e imprecisa a afirmação de que o Direito Penal deve sancionar as ações que lesionem ou coloquem em perigo de lesão o bem jurídico, Hassemer afirma que a teoria do bem jurídico deve estar embasada em um conteúdo material, ultrapassando o formalismo[415].

Para tanto, essa teoria deve levar em conta a ideia de danosidade social, marcada por concepções de política criminal (o efeito da pena sobre o criminoso). O Direito Penal deve considerar também os interesses do sistema social, sendo que o dano ao indivíduo exige uma reação daquele ramo, cujos efeitos vão além da relação autor/vítima. *Terceiro, requer que o legislador criminal tenha conhecimento empírico e o aplique na formulação de conduta punível e na antecipação de conseqüências legais* [416].

O questionamento de Hassemer refere-se ao critério válido para definir o que deve ser ou não protegido pelo Direito Penal, em sociedade. Com efeito, o conceito liberal de bem jurídico (limitação do poder punitivo do Estado) não seria suficiente frente aos interesses político-criminais de criminalização global ou para a criação de um conceito sistemático de bem jurídico. Segundo aquele autor, quanto mais vaga a noção de bem jurídico e mais objetos abarcar, mais em dúvida se coloca a função protetiva do Direito Penal[417]. Na verdade, a crescente complexidade social tem levado à utilização do Direito Penal como primeira resposta, para impedir os riscos da modernização de uma sociedade do risco e este ramo jurídico *... torna-se um instrumento de controle de grandes problemas sociais ou estatais* [418].

---

[415] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 114-115.
[416] HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal.* Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1984, p. 38.
[417] HASSEMER, Winfried. *Direito Penal simbólico y protección de bienes jurídicos.* Nuevo foro Penal, nº 51, ano X. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1991, p. 26.
[418] HASSEMER, Winfried. *Direito Penal simbólico y protección de bienes jurídicos.* Nuevo foro Penal, nº 51, ano X. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1991, p. 28.

Consequência dessa situação é a formação de um Direito Penal simbólico, ou seja, um Direito cujas normas não são influentes, voltado a consequências do crime e não à prevenção de comportamentos delitivos[419].

Hassemer e Muñoz Conde afirmam que o conceito de bem jurídico, assim como todos os conceitos normativos, é uma criação artificial, produto do consenso ou de um processo constitutivo, às vezes manipulado e pervertido em seus elementos básicos[420].

A fundamentação do bem jurídico, segundo Hassemer e Muñoz Conde, deve se valer de outros elementos além dos normativos, pois estes também possuem um substrato empírico, o qual deve ser respeitado pelo legislador. Para tanto, deve haver uma clara necessidade social, onde haja com certa frequência um perigo ou lesão ao bem jurídico, que produza sentimentos de ameaça. Tudo isso permitirá a criação de um grau de hierarquia e de intensidade de proteção do bem jurídico[421].

2.9 Teorias do bem jurídico, de base constitucional

Com o término da Segunda Guerra Mundial, países como Alemanha e Itália, diretamente envolvidos no conflito e que viveram sob regimes totalitários, readequaram sua estrutura política para a construção de um Estado de Direito, submetido a uma constituição (Constituição italiana de 1948 e Lei Fundamental alemã de 1949) . Tal mudança de panorama teve reflexos claros sobre a dogmática penal e, por certo sobre a própria teoria do bem jurídico, figurando como farol o princípio da dignidade humana. Conforme aponta Fernandez *o Estado de Direito gira em torno da proteção dos direitos fundamentais, (...) os novos modelos constitucionais permitem a inserção da política criminal como o*

---

[419] *El Derecho Penal simbólico se da en formas muy diversas: Derecho Penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios, como la satisfacción de una "necesidad de acción". Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto Este Derecho Penal se aviene a las imágenes de una "inseguridad global" y de una "sociedad de riesgo".* HASSEMER, Winfried. *Direito Penal simbólico y protección de bienes jurídicos.* Nuevo foro Penal, nº 51, ano X. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1991, p. 30.

[420] HASSEMER, Winfied; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 21.

[421] HASSEMER, Winfied; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 70.

grande elemento [422]. Com o Estado Social e Democrático de direito, a política criminal passa a buscar um novo fundamento para o exercício do *jus puniendi* do Estado[423].

Uma fundamentação constitucional do bem jurídico visa a procurar um substrato material para o tema, que inicialmente foi visto como um direito subjetivo (von Feurbach), *então passou a ser visto como um bem real, para ser disperso em diferentes significados: o bem jurídico como um valor, como um estado ou situação, como um interesse social etc.* [424].

O bem jurídico como herança do pensamento Iluminista impede a adoção de modelos de Estado que sejam autoritários, conferindo legitimidade ao Direito Penal nos Estados democráticos[425].

Importante lição de Fernandez ao afirmar que a Constituição surge como fonte material do Direito para a determinação dos bens jurídicos penais. *Así pues, la Constitución viene a "cerrar" el concepto de bien jurídico o, cuanto menos, a darle mayor especificidad a su sustrato valorativo.* Existe nesse ponto uma preocupação garantista de frear a ação discricionária do legislador[426].

Segundo a doutrina de Pulitanò a partir do momento em que a Constituição tutela determinado bem, interesse ou valor, a proteção deles pelo Direito Penal tem o apoio constitucional. Dessa forma, o legislador infra-constitucional não possui total liberdade para selecionar esse ou aquele interesse para a tutela penal; apenas aquilo que é admitido ou exigido em face de princípio constitucional[427]. Em uma nova escala de valores (democráticos), ganha relevância a importância constitucional do bem jurídico, o qual é considerado a chave do positivismo dirigido a uma atuação constitucional em matéria penal[428].

---

[422] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.111-112.
[423] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 93.
[424] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.47-48.
[425] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual.* Revista Liberdades, n° 1, maio- agosto de 2009, p. 16.
[426] FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004, p.45-47.
[427] PULITANÒ, Domenico. *Diritto Penale.* Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 135-136.
[428] PULITANÒ, Domenico. *Diritto Penale.* Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 136.

Trata-se não só de uma limitação formal, mas também material, na medida em que deve levar em consideração valores tutelados na Constituição, tais como a ... *a inviolabilidade humana, a inviolabilidade do princípio da liberdade pessoal e a função reabilitadora da punição excluem a possibilidade de comprimir a liberdade pessoal em vista dos objetivos, sejam eles quais forem.* Em uma democracia, o Direito Penal não pode se prestar a tutelar ideologias, religiões e concepções morais[429].

De acordo com Fiadanca e Musco, seguindo a doutrina tradicional, cabe ao Direito Penal assegurar as condições essenciais de convivência, sancionando drasticamente as lesões ao bem jurídico, *estes são comumente definidos como bens socialmente relevantes considerados, devido à sua importância, merecedores de proteção jurídico-penal [430].* Entretanto, referidos autores reconhecem que se trata de uma definição genérica de bem jurídico, e que sempre houve dificuldade para a elaboração de definições dotadas de conteúdo real e suficiente, o que levou a doutrina a buscar conceitos menos genéricos, levando em consideração as características dos objetos dignos de proteção penal. O conceito de bem jurídico não pode servir apenas como uma divisão automática do que deve ou não ser objeto de tutela penal, mas deve ir além, levando em conta a capacidade seletiva do legislador para definir escolhas de proteção penal. De fato, nem tudo será objeto de tutela penal, mas esta se dará de forma fragmentada, alcançando apenas aquilo que tenha efeitos úteis para a sociedade[431].

De fato, Fiandaca e Musco afirmam que o conteúdo do bem jurídico que legitima a tutela penal são os valores constitucionais. A Constituição torna-se uma balizadora das ações do legislador infraconstitucional, limitando este duplamente ao apresentar valores jurídicos preexistentes à apreciação do legislador e ao prever critérios[432] para determinar aquilo que deva merecer a

---

[429] PULITANÒ, Domenico. *Diritto Penale.* Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 136.
[430] FIANDACA, Giovanni. MUSCO, Enzo. *Diritto Penale. Parte generale.* Quarta edizione. Bolongna, 2006, p. 04.
[431] FIANDACA, Giovanni. MUSCO, Enzo. *Diritto Penale. Parte generale.* Quarta edizione. Bolongna, 2006, p. 05.
[432] A partir da Constituição da República de 1988 podem ser citados os seguintes exemplos no artigo 5º: XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra

tutela penal[433]. Existem valores implícitos na Constituição, os quais podem ser identificados de duas formas: quando um certo valor é digno de proteção, mas é acessório de um valor constitucional, como por exemplo a fé pública que é acessória da economia, da administração da justiça. Por outro lado, há valores que embora não descritos expressamente, podem ser extraídos dos valores cultivados em sociedade, como o sentimento dos mortos[434]. Tal pensamento permite, assim, a proteção de outros valores que surgirem com a evolução social, desde que implicitamente previstos na Constituição com referência a outro valor já protegido, levando-se em conta os critérios de fragmentariedade e de merecimento da pena[435].

Fiandaca e Musco observam que não raro existe um problema de incompatibilidade entre o catálogo de crimes previstos no ordenamento jurídico e a Constituição. Para resolver essa questão, há a necessidade de uma teoria que crie uma diretiva constitucional (programática) vinculante da atividade legislativa penal. Nessa esteira, não poderia haver incriminação do exercício de direitos fundamentais (por exemplo, liberdade de expressão), a não ser que haja violação de outro valor também tutelado constitucionalmente. Outro limite é a proibição da incriminação de condutas imorais em si mesmas, como o homossexualismo. Além disso, há uma progressiva descriminalização ou despenalização de condutas, nos casos de ausência de ofensa ao bem jurídico, como os crimes de bagatela. O Direito Penal não pode ser utilizado como instrumento de transformação social, mas para assegurar ou reforçar a proteção de bens que a consciência social entende serem dignos de proteção[436].

Na Alemanha, Roxin adota uma postura constitucionalista, influenciado pelo Funcionalismo, cabendo ao Estado garantir as condições de

---

a ordem constitucional e o Estado Democrático; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; também o artigo 62, §1º, inciso I, letra "b" proíbe a adoção de medidas provisórias em matéria penal.

[433] FIANDACA, Giovanni. MUSCO, Enzo. *Diritto Penale. Parte generale.* Quarta edizione. Bolongna, 2006, p. 12.

[434] FIANDACA, Giovanni. MUSCO, Enzo. *Diritto Penale. Parte generale.* Quarta edizione. Bolongna, 2006, p. 14-15.

[435] FIANDACA, Giovanni. MUSCO, Enzo. *Diritto Penale. Parte generale.* Quarta edizione. Bolongna, 2006, p. 16.

[436] FIANDACA, Giovanni. MUSCO, Enzo. *Diritto Penale. Parte generale.* Quarta edizione. Bolongna, 2006, p. 25.

vida em sociedade[437]. Para esse autor, o *jus puniendi* do Estado decorre da Lei Fundamental alemã. Porém, esta não informa quando uma conduta pode ser configurada como crime, o que depende de um conceito material de delito, ou seja, o conteúdo de uma ação punível. Esse conceito precede ao próprio Direito Penal e questiona os critérios materiais da conduta punível:

> *Portanto, o conceito material de crime é anterior ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que pode punir e o que deve ficar impune. Sua descrição deriva do papel do direito penal, entendido aqui como "proteção subsidiária dos bens jurídicos[438].*

A delimitação do que deve ou não ser objeto de tutela penal necessita de um substrato material, cuja fonte deve ser buscada na Lei Fundamental, que é ao mesmo tempo o limite do poder punitivo estatal. Bens jurídicos são, então, *circunstâncias dadas a fins que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento dentro da estrutura de um sistema social global estruturado com base nessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema[439].*

Dessa forma, não podem ser objeto de criminalização ações que não lesem bens jurídicos, como as que protegem valores ideológicos[440], referentes a meras imoralidades. Entretanto, Roxin adverte sobre a mutabilidade do bem jurídico, aberto às mudanças sociais e ao progresso do conhecimento científico, de modo que o conceito de bem jurídico nos moldes propostos não é conclusivo ou acabado, mas proporciona um critério concreto de interpretação e criação da lei penal, colocando limite ao *jus puniendi* do Estado.

Roxin propõe um conceito de bem jurídico crítico à legislação, legitimado pela Constituição, e que vá além da busca de uma finalidade legítima (respeito aos direitos fundamentais, convivência livre e pacífica dos cidadãos) e

---

[437] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 122.

[438] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 51.

[439] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 56.

[440] A Lei federal nº 5700 de 1º de setembro de 1971, institui a Bandeira, o Hino, o Selo e as Armas Nacionais como símbolos nacionais, bem como a forma de apresentação destes, definindo como contravenção a violação de qualquer disposição da Lei.

adequada (princípio da proporcionalidade), mas também busque ser determinável[441].

Para se buscar um conteúdo determinável do bem jurídico, é preciso considerar o caráter abstrato dos princípios jurídicos superiores, uma certa margem de discricionariedade do legislador e a observância do princípio da subsidiariedade.

Inicialmente, um conceito de bem jurídico de base constitucional deve levar em conta princípios jurídicos, que apesar de não se deixarem apreender em uma definição passível de subsunção, é um padrão de orientação em matéria jurídica, para, em caso de dúvida, buscar o que deve ser protegido, quem deve ser protegido e contra quem se deve proteger. Além disso, não podem ser aceitas (sob o crivo constitucional) leis que não protejam direitos fundamentais, que incriminem razões ideológicas, comportamentos imorais, violações não realistas de sentimentos, tabus ou normas penais simbólicas (que não possuem função de proteger bens jurídicos)[442].

Em segundo lugar, a orientação constitucional sobre o que seja bem jurídico penal não estabelece um limite evidente, permitindo uma certa margem de discricionariedade ao legislador para criminalizar, não criminalizar ou criar uma sanção administrativa.

Por último, o Direto Penal possui uma tarefa subsidiária de proteção de bens jurídicos e somente deve agir quando regulações menos gravosas forem insuficientes para conter a lesão ou perigo de lesão ao bem.

2.10 Conteúdo material e funções do bem jurídico

O quadro histórico acima descrito, demonstra que concepções puramente formais do bem jurídico não serviram de limite ao poder discricionário do legislador ordinário infraconstitucional na criação de tipos penais, mas, ao contrário, muitas vezes serviu como fundamentação para a violação de direitos fundamentais, como foi o caso da experiência nacional-socialista na Alemanha.

---

[441] ROXIN, Claus. *Novos estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 46 e seguintes.
[442] ROXIN, Claus. *Novos estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 80.

A necessidade de superação de uma noção apenas formal[443] do bem jurídico implica em dizer que *o valor e o alcance da noção do objeto protegido das descrições legais típicas não podem estar sujeitos aos limites da declaração positiva da vontade do legislador...* [444].

Polaino Navarrete chama a atenção para o fato de que a *ratio legis* ou fim legal não deve ser confundida com a natureza do bem jurídico protegido (o concreto objeto da garantia penal), pois a primeira representa uma noção ideológica do bem jurídico, enquanto este deve ser analisado levando-se em conta seu caráter de fundamentador do injusto material. Trata-se de o último degrau da evolução da teoria do bem jurídico, superando-se correntes sociológicas de base contratual, positivistas e de orientação político-fascista[445]. Afirma ainda Polaino Navarrete que os aspectos normativo e teleológico (interpretativo) são importantes para a configuração técnica de bem jurídico, mas não o integram na essência. Já os conceitos materiais, além de buscarem a superação anteriormente mencionada, encontram-se em uma nova fase histórico-dogmática, em que se critica o fato de limitar o conceito de objeto de tutela a alguma das clássicas teorias jurídicas, representadas pelo Direito subjetivo, o interesse, o bem, o Estado ou a situação[446].

Na mesma linha de raciocínio, Hormazabal Malarée critica as teorias constitucionais do bem jurídico, pois não informam o que este é, mas buscam na Constituição uma referência ou fundamento para a política criminal de acordo com o modelo de Estado[447].

A determinação do conteúdo material do bem jurídico significa responder inicialmente *o que é o bem jurídico* (o que protege cada norma penal em particular?), bem como definir quais são os critérios para definir o que será

---

[443] Segundo Malarée, *Para el cumplimiento de sus funciones el concepto de bien jurídico ha de expresar superando los aspectos puramente formales, lo que real y concretamente se protege en cada norma penal de una determinada sociedad en un determinado periodo histórico.* HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 139.

[444] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 197.

[445] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 197-198.

[446] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000, p. 405-406.

[447] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 140.

ou não objeto de proteção do Direito Penal. Todavia, essas escolhas não podem ficar a cargo exclusivo do legislador, em um Estado Democrático de Direito, mas deve ter uma base social, na medida em que a previsão e o exercício do *jus puniendi* estatal compreendem uma atividade democrática[448].

Para Bechara, o bem jurídico representa uma categoria relacional que estabelece uma relação valiosa entre uma realidade e um sujeito, orientada à realização da liberdade da pessoa, sua autonomia. Nessa linha, os bens jurídicos não poderiam ser interpretados como valores de caráter pré-estabelecido, nem como um objeto, mas como um interesse (relação dinâmica com o indivíduo), o que permite uma avaliação de sua função crítica de acordo com um sistema aberto que seja capaz de se adaptar às contingências concretas da tutela penal. O interesse em sentido objetivo é uma situação idônea para a satisfação de uma necessidade humana, enquando em que subjetivamente é a condição psicológica do sujeito que pretende manter uma situação que lhe é favorável. Por outro lado, o bem jurídico como interesse não pode ser fundamentado apenas na Constituição ou apenas no consenso social, mas em ambas as bases de modo complementar, de tal forma que o texto constitucional funcionará como parâmetro negativo, para impedir incriminações de interesses que não se encontram na Carta Magna[449].

Mir Puig afirma que o bem jurídico, como expressão de tutela legal, é a chave para a interpretação e a base da parte especial do Código Penal, exercendo uma função de limitação do legislador:

> O conceito de bem jurídico capaz de limitar o legislador não deve ser buscado na realidade naturalista ou na avaliação moral-subjetiva (não realizável por coerção externa), mas no campo do social. Bens jurídicos são as condições necessárias, de acordo com a observação empírica, de um correto funcionamento dos sistemas sociais. Mas, para evitar uma concepção pouco respeitosa em relação ao indivíduo, que a contempla apenas na perspectiva de sua utilidade social, convém exigir que tais condições sejam traduzidas em possibilidades concretas de participação do indivíduo nos processos de interação e comunicação social.[450].

---

[448] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 142-143.

[449] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 140-142.

[450] MIR PUIG, Santiago. *Introdución a las bases del Derecho Penal.* 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires: ID de F, 2003, p. 123.

Nessa linha, o bem jurídico protegido deve ser resultado de um Direito Penal que esteja a serviço do cidadão, dentro de limites de fragmentariedade e subsidiariedade, ou seja, aquele ramo jurídico somente deve atuar com a finalidade exclusiva de proteção de bens jurídicos. Trata-se de uma função de *ultima ratio*, pois o Direito Penal em uma sociedade democrática não está em condições de proteger tudo e todos, o que é compartilhado com outros ramos da ciência jurídica. Torna-se o bem jurídico uma síntese normativa que supera a contradição entre o poder punitivo do Estado e o direito de liberdade individual[451].

O bem jurídico passa a ser um produto histórico, que surge em um sistema de relações sociais de um determinado período, de caráter dialético, em que se leva em conta as expecativas de que o Estado imponha pena aos atos contrários ao Direito[452].

Segundo Hormazabal Malarée, o tipo não se esgota em uma ação, mas além disso representa de forma objetiva e subjetiva uma relação social dotada de sentido e significado. Assim, o tipo penal informa uma relação social que foi negada com a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, descrevendo tal relação de forma objetiva e contendo elementos descritivos normativos e psíquicos que caracterizam uma relação social dotada de significado[453].

No que concerne às funções do bem jurídico, Bechara afirma que o estudo dogmático deste permite, por indução, conhecer o objeto da tutela penal, a partir da norma. Já a análise crítica referida ao bem jurídico faz a vinculação entre os interesses dignos de tutela penal e os tipos penais vigentes no ordenamento:

> A limitação do poder punitivo estatal ao bem jurídico não se manifesta apenas na elaboração da lei penal, refletindo-se também nas posteriores tarefas de interpretação e aplicação judicial dessa lei. É

---

[451] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 143-144;

[452] *Es importanle (jue se trate de una valoración objetiva, pues en otro caso llevaría posteriormente a una subjectivización de la tipicidad y de la antijiucidicidad. Por otra parte, en cuanto a la estructura de la norma, ella es de carácter comunicativo o dialogal, ya que está inmersa en una relación social, y por ello siempre ha de tenerse en cuenta al otro, respecto del cual se señala un determinado comportamiento («se proibe matar... a otro») y también hay que considerar la expectativa de un tercero, el Estado que impone una pena al acto contrario.* BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* 4ª edición aumentada y corregida. Barcelona: PPU S.A., 1994, p. 68.

[453] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 153.

> nesse momento que o bem jurídico deve desempenhar a função dogmática, produtora do efeito de segurança[454].

Essa função dogmática do bem jurídico não é só limitadora (negativa) do poder punitivo estatal, mas está relacionada também com a interpretação das normas penais, abrangendo toda a estrutura do delito. Assim, em relação à antijuridicidade, essa passa a ser entendida em seu sentido formal (violação do tipo) e material (violação da norma de conduta). A culpabilidade é analisada do ponto de vista da motivação do agente[455].

2.11 Injusto penal e bem jurídico

Em virtude do caráter pluridimensional do objeto de tutela típica, o bem jurídico desenvolve influência direta na formação do injusto penal. Muito embora deva se fazer uma análise de conjunto, tal influência ocorre de forma variada, de acordo com os elementos essenciais constitutivos do delito, bem como em relação às diversas categorias configuradoras da noção de fato punível[456].

O injusto penal é o resultado da união entre o tipo penal[457] e a antijuridicidade[458]. Em verdade, o bem jurídico é o fio condutor entre o tipo penal e a antijuridicidade. A tipicidade é o último dos elementos do crime que surge e tem como funções: dar relevância ao comportamento no âmbito penal; dar limite negativo e positivo à aplicação da pena na sentença (entimema). É a tipicidade do elemento comum entre as teorias do crime, da pena e da lei penal, revelando o conteúdo da proibição, a partir do tipo penal que se desvela o bem jurídico. O

---

[454] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 143.

[455] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 144.

[456] *É o conceito tripartido do crime que dará os cânones para o estabelecimento de um padrão teórico que converterá uma ação em crime. Por esse motivo, ele é em si mesmo um método, possibilitando a construção de uma jurisprudência racional e estabelecendo padrões conceituais que são suceptíveis de extrair cânones para a separação entre o delito e a conduta penalmente não delituosa.* BRANDÃO, Cláudio. *Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime*. *DELICTAE*, Vol. 3, N°4, Jan.-Jun. 2018, p. 19.

[457]Segundo Bechara: *A herança fundamental trazida pela norma penal corresponde ao bem jurídico tutelado, representativo de seu componente teleológico, que a mantém vinculada à valoração social efetuada no processo de sua elaboração legislativa.* BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 147.

[458] LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal: a relação entre tipo e ilicitude.* Belo Horizonte: Arraes editores, 2012, p. 08.

tipo é o instrumento jurídico que torna conhecida a proibição e a ação é a base comum a todos os delitos, servindo de alicerce para a construção do tipo legal. Dessa forma, o tipo individualiza a ação, ou seja, a matéria da proibição está no tipo, mas não se confunde com ele[459].

O injusto penal somente se completa quando o desvalor da ação se soma ao desvalor do resultado, de modo que apenas aquele pode se fundamentar à luz da lesão ao bem jurídico (a realização de uma conduta típica é uma ação "desvaliosa", pois viola o bem jurídico). O tipo penal é um tipo de injusto, *pois contém todos os elementos que embasam a figura do crime*, sendo que toda ação será típica se não houver uma causa de exclusão da antijuridicidade (quando o legislador tipifica uma conduta – decisão política –, ele faz um desvalor inicial dela) . Assim, a tipicidade é indício da antijuridicidade [460].

O tipo penal não se confunde com a norma penal (imperativo de comportamento que se extrai do tipo), mas *toda conduta típica é antinormativa*. Enquanto a antijuridicidade é a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, a tipicidade é a contradição com a norma proibitiva (antinormatividade)[461].

A diferença entre norma[462] e tipo penal[463] é que este pertence à lei (descrição legal de conduta, com a previsão de pena para as condutas que nela

---

[459] BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.* 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 31-55.
[460] BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.* 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 55-57.
[461] BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.* 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 60-61.
[462] *Assim, o bem jurídico não ocupará aqui uma função supralegal de interpretação teleológica na teoria do crime, pois isso é papel da norma. Note-se que o bem jurídico não reside no contexto conceitual da antijuridicidade culpável, mas é na norma que residem os elementos antijuridicidade e culpabilidade. Por isso, ela já é o equivalente funcional do bem jurídico do conceito tripartido do crime. Na ciência atual, faz-se a interpretação supralegal do Direito Penal para aumentar o âmbito de liberdade, fundamentada no critério do bem jurídico, como no exemplo do Princípio da Insignificânica.* BRANDÃO, Cláudio. *Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime*. *DELICTAE*, Vol. 3, N°4, Jan.-Jun. 2018, p. 24.
[463] *É exemplo de tipo penal, a fórmula conceitual e legal: "Matar alguém. Pena – reclusão, de seis a vinte anos." A metodologia penal aponta, entretanto, que este tipo tem um conteúdo, a saber: a proteção do valor vida, in casu, o bem jurídico tutelado, que reside no plano axiológico. Pois bem, a finalidade do tipo é a tutela daquele valor. É através da síntese entre a fórmula do tipo e o bem jurídico tutelado, que representa a teleologia da forma típica, que se extrai a norma penal. Com efeito, a norma é vista pelo espelho do tipo, mas não se confunde com ele. A norma estabelece o comando de comportamento, isto é, o imperativo.* BRANDÃO, Cláudio. *Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime*. *DELICTAE*, Vol. 3, N°4, Jan.-Jun. 2018, p. 30.

se amoldam), a norma *não está na esfera da lei, mas é decorrência lógica extraída do tipo*[464].

A função do tipo penal se finda em proporcionar o conhecimento da proibição, sendo que a antinormatividade não é um elemento conceitual do delito. Nessa mesma linha, o bem jurídico, como substrato material da tipicidade, orienta o conceito de antinormatividade (norma de determinação): *o comando imperativo de comportamento, com vistas a não violar ou não expor a perigo aquele valor, que se traduz no bem jurídico*[465].

2.11.1 Função axiológica do bem jurídico

Segundo doutrina de Polaino Navarrete, a função axiológica do bem jurídico insere o Direito Penal como uma ciência valorativa, cuja essência refere-se à determinação de quais bens ou valores são necessários ao desenvolvimento humano em sociedade[466]. Para esse autor, o ponto de partida de reconhecimento dos bens jurídicos decorre dos valores a serem mantidos em sociedade e aqueles que devem ser excluídos como nocivos.

O estabelecimento de uma norma penal pelo legislador implica a transferência de um valor para um preceito legal, sob *uma forma mental de transição do juízo axiológico para o julgamento do dever ser, na qual a avaliação em si se tornou o motivo do legislador penal* [467]

A função axiológica do bem jurídico, para Polaino Navarrete, consubstancia-se na ponderação dos singulares objetos estimados pela lei como merecedores de tutela e a determinação dos fins e alcances da norma penal, bem como as causas de justificação[468].

Em virtude do estreito vínculo entre o Direito Penal e a ética, esta influenciou o caráter normativo de bem jurídico, em face do caráter regulador da

---

[464] BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.* 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 62.
[465] BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.* 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 65-69.
[466] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000, p. 525-526.
[467] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000, p. 528.
[468] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000, p. 529.

própria ética. Nos mesmos moldes, em virtude da exposição do Direito Penal às normas de cultura, suscitou-se a necessidade maior separação entre a esfera jurídica e moral:

> De acordo com essa fórmula doutrinária, a lei penal obrigatória é baseada na identificação substancial da mesma com a norma da cultura, de validade conhecida e reconhecida pelo indivíduo. A norma da cultura contém um processo avaliativo que traduz, em uma designação conjunta, a totalidade dos mandatos e proibições que são endereçados ao indivíduo, em termos de postulados éticos e convencionais ou em termos de demandas de tráfego e profissão.[469].

De acordo com Mayer, em sua obra Normas jurídicas e Normas de cultura (edição do ano 2000), a obrigatoriedade da lei decorre do fato de que as normas jurídicas possuem correspondência com as normas de cultura, cuja obrigatoriedade é reconhecida pelo indivíduo, que a aceita[470]. Dessa forma, os condicionamentos culturais são fundamento da proteção do bem jurídico, uma vez que o Direito Penal promoveria uma orientação de princípios ético-sociais por meio da pena.

De acordo com Jecheck, as normas penais estão baseadas em um juízo de valor positivo sobre bens vitais e imprescindíveis para a convivência em comunidade e por isso devem ser dignos de proteção por meio da pena. Os valores sociais (ético, sociais, culturais...), influenciam a criação de normas jurídicas reguladoras de comportamento sendo protegidos por meio do Direito, convertendo-se em bens jurídicos, de modo que a gradação da punição deve guardar relação com o nível de lesão ou ameaça de lesão caracterizada por um desvalor da ação humana[471].

Importante destacar a crítica de Polaino Navarrete, segundo o qual a excessiva relevância à fundamentação ético-social como conteúdo substancial do delito acaba por aumentar a imprecisão do limite entre o moral e o jurídico,

---

[469] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000, p. 531.

[470] *Las normas son regias, y, por cierto, reglas de tipo práctico, esto es, instrucciones para la conducta humana. Ellas se presentan con la pretensión de ser determinantes; quieren ser obedecidas; son, en consecuencia, imperativos, ya positivos (mandatos), ya negativos (prohibiciones). "Según sea que el imperativo sefiale una modalidade determinada de conducta sólo para un caso particular, o bien un tipo de conductas, distinguimos entre imperativos concretos y abstractos. Los últimos se identifican con la norma. La norma.porende, pue-) de definirse como imperativo abstracto para la conducta humana.* MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 2000, p. 55.

[471] JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Editorial Comares, S.L., 2002, p. 08-09.

pois a moral não realiza uma valoração equiparável ao Direito, com resultados diferentes, podendo ocorrer pontos de coincidência[472]. Para aquele autor, a diferença principal entre o ordenamento moral e o do Direito, é que este sanciona com pena determinados comportamentos do ponto de vista social (caráter fragmentário), além de se ater a valores concretos, enquanto que a moral considera o significado anímico-espiritual dos valores como fator determinante das obrigações da pessoa.

2.11.2 Função sistemática do bem jurídico

O bem jurídico possui uma função imanente ao sistema do Direito Penal (intrassistemática), pois ao oferecer uma interpretação teleológica das normas penais, permite a sua contrução de forma sistemática, tendo como consequência dogmática o uso intrassistemático do conceito de bem jurídico, ou seja, tem-se a duplicação da antijuridicidade em formal (violação da norma social ou jurídica correspondente ao tipo delitivo) e material (violação do interesse protegido pela norma). Além do exposto, há uma função extrassistemática do bem jurídico correspondente ao critério de valoração do sistema positivo e de política criminal[473].

Para Polaino Navarrete, o bem jurídico exerce uma função sistemática na dogmática do Direito Penal ao agir como princípio fundamentador do sistema penal e como critério de classificação dos tipos delitivos.

No primeiro caso (sistema jurídico-penal), o bem jurídico apresenta-se como categoria portadora de valores de maior significação social, que implica na seleção dos bens e valores merecedores de proteção penal, em face do progresso democrático e da convivência social, que por sua vez implicam na adoção de critérios dinâmicos, de acordo com as necessidades de cada comunidade[474].

---

[472] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000, p. 534.
[473] BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal. Lineamentos para una teoría del bien jurídico.* Revista Justiça Penal y sociedade, ano III, n° 5, agosto, 1994, p. 76.
[474] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000, p. 541-542.

Na busca de uma construção metodológica para o sistema penal, o bem jurídico age como critério de referência comum entre os momentos objetivos e subjetivos que compõem o conceito de crime, equilibrando referidos momentos. Isso ocorreria na medida em que uma definição de crime que leve em conta apenas a realização objetiva do tipo seria uma interferência arbitrária do legislador, sem o ideal de justiça material. Ao passo que um tipo penal que se baseie apenas na vontade (elemento subjetivo) representaria uma interferência da esfera moral na normativa[475].

Como critério de classificação de tipos penais, o bem jurídico age na parte especial dos códigos penais, permitindo a classificação sistemática dos tipos penais. O bem jurídico preponderante serve para a reunião de diversos tipos de delitos em uma categoria, além de se levar em conta a natureza e hierarquia daqueles. Entretanto, em virtude do fato de que algumas sistematizações levem em conta a situação peculiar do autor (por exemplo, crime contra a Administração Pública), deve-se reconhecer que ao lado do bem jurídico há outros elementos particulares tais como a gravidade da infração, a índole do dever infringido[476].

Na mesma esteira, Bustos Ramírez afirma que o bem jurídico possui uma função sistemática ou dogmática para a teoria do injusto penal. Primeiro determina quais condutas são relevantes para as relações sociais, funcionando como limite claro à atuação do Estado, o qual somente pode considerar como injustos penais aqueles que tenham em sua base um bem jurídico. Isso permite fixação e revisão dos tipos penais pelos cidadãos[477].

2.11.3 Função exegética do bem jurídico

Nesse ponto, o bem jurídico funciona como critério para medir o índice de desvalor de um tipo penal infringido, permitindo caracterizar e delimitar as ações que seriam passíveis de sanção penal, por meio do encontro da *ratio legis*,

---

[475] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000, p. 543.
[476] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000, p. 547.
[477] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal.*Tercera edición, ampliada y corregida. Bogotá-Colombia: Editorial Themis S.A., 2005, p. 34.

funcionando como elemento de interpretação dos tipos penais e individualizando o objeto protegido pela norma penal.

Inicialmente, Polaino Navarrete prega que deve haver uma diferenciação entre o fim da lei em proteger bens jurídicos (*ratio legis*) e a essência normativa dos objetos de proteção:

> O objeto da proteção penal nunca pode ser descrito como o fim da norma. A norma incriminadora fornece a garantia de bens jurídicos, com fins de justiça criminal. O conteúdo da proteção da norma legitima a configuração positiva dos tipos jurídicos: a norma é legitimada pela necessidade de proteção dos bens jurídicos. O objetivo da lei transcende além dos fundamentos que legitimam sua aparência, e tendem a fazer demandas legais de justiça e prevenção político-criminal[478].

Com efeito, o bem jurídico funciona como um método de interpretação teleológica, para compreender a finalidade da tutela pretendida, muito embora a finalidade da lei não se esgote como função de garantia de bens jurídicos. Isso ocorre porque vários tipos penais podem proteger o mesmo bem jurídico (por exemplo, o furto, o roubo, o estelionato, em relação ao patrimônio), o que importaria, segundo Polaino Navarrete, a utilização do *critério fim da norma,* por meio do qual se identificaria o sentido da lei, em substituição à tradicional noção de objeto de tutela. A ideia de fim da norma está presente em toda espécie de delito, possuindo um caráter geral[479].

O mesmo Polaino Navarrete adverte, entretanto, que não se pode identificar o tipo de delito com o bem jurídico nele tutelado, uma vez que isso implicaria na negação do objeto de proteção. Dessa forma, atribuir ao bem jurídico uma falha na delimitação de tipos penais não possui rigor técnico, pois não se teria a exata compreensão da diferença entre objeto de proteção e a natureza plural do conceito de delito[480].

Como elemento de interpretação dos tipos penais, o bem jurídico age na determinação do sentido que o ordenamento confere aos tipos penais,

---

[478] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000, p. 552.

[479] *Un fin no falta nunca a la norma penal, en tanto que puede carecerse en la misma de objeto tutelado, de bien protegido. Cuando se pretende determinar la tutela jurídica de cada precepto penal, en realidad, se busca el fin de la norma, pero con ello se camufla atalratio legisbajo la apariencia del objeto, considerándola como algo existente en la realidad fenomênica*. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000, p. 555.

[480] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000, p. 558.

constituindo critério de fixação do teor da lei e dos limites dos tipos delitivos, lembrando que o objeto de proteção não deve servir de único critério de interpretação das leis penais, pois a garantia de bens jurídicos não seria o fim exclusivo da lei e porque a proteção típica leva em consideração a totalidade dos elementos integrantes do delito[481].

A individualização do objeto protegido nas descrições dos tipos penais, por seu turno, é levada a cabo pelo bem jurídico quando se comprova a recíproca relevância o objeto protegido e a descrição positiva dos tipos penais. Nessa linha, o bem jurídico se apresenta como o resultado de um trabalho de interpretação, uma vez que toda lesão a ele permite uma fundamentação do conteúdo material do injusto[482].

---

[481] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000, p. 562.
[482] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000, p. 565.

CAPÍTULO III
DIREITOS HUMANOS, BEM JURÍDICO E DIREITO PENAL

3.1 Direito natural, dignidade da pessoa humana

A formação do direito natural a partir de uma "lei natural" em contraste com a lei humana tem como fundamento leis morais e eternas, tendo como elo com os direitos humanos, a necessidade de limitação do poder estatal sobre o homem[483]. Esse direito, decorrente do mundo da natureza, teria por objetivo limitar o direito estatal, tendo como consequência a colocação do homem no centro dessa discussão:

> ... a afirmação dos direitos humanos, dentro da cultura euro-americana, derivou da busca dos direitos universais do indivíduo, assim entendido o ser enquanto portador de um feixe de direitos adquiridos pela sua pertença ao gênero humano, o que confere especial dignidade a sua existência[484].

Ascensão afirma que a partir do individualismo grego (curiosidade pelo indivíduo humano) e do personalismo cristão (absorvido pela cultura europeia ao longo dos séculos), ao final da Idade Média, com São Tomás de Aquino, a noção de pessoa começa a ganhar relevo. Há uma linha subjetivista na filosofia jurídica, na qual os direitos naturais seriam aqueles que o homem traz consigo. Posteriormente, com o Iluminismo e o Jusracionalismo, esse direito natural passa a ser fruto da razão humana e, assim, válido para todas as épocas históricas[485].

O século XVI ao cultivar o humanismo renascentista valorizou o homem como centro e destinatário do conhecimento. O direito natural

---

[483] HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. Introdução: A conexão entre o direito natural e os direitos humanos. In: *Do direito natural aos direitos humanos.* HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. (Org). Coimbra: edições Almedina SA, 2005, p. 09.
[484] HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. Introdução: A conexão entre o direito natural e os direitos humanos. In: *Do direito natural aos direitos humanos.* HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. (Org). Coimbra: edições Almedina SA, 2005, p. 09.
[485] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fundamento do direito: entre o direito natural e a dignidade da pessoa.* In: *Do direito natural aos direitos humanos.* HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. (Org). Coimbra: edições Almedina SA, 2005, p. 18.

(correspondente a uma lei superior oriunda de Deus), agora é obtido pela razão humana, na busca da justiça do caso concreto[486]:

> Na grande revolução do tipo de jusnaturalismo aqui chamado antropológico, a lógica se torna humana, todo antropos racional pode perceber o direito justo, e aí o problema ético é como decidir, quando os seres humanos divergem em relação a algo *. Daí a politização da igualdade, mesmo com todas as suas restrições iniciais (votos, censos, família, plural) e o surgimento do próximo passo, aqui chamado direito natural democrático.[487].

Segundo Brandão, Francisco de Vitória ao tratar da conquista de novas terras pelos espanhóis, os quais naquele lugar encontraram os índios, equiparou pagãos e cristãos juridicamente, pois ambos possuiriam a natureza humana. O homem teria direitos inalienáveis[488].

Já no século XIX, com o avanço das ciências e da mecanização, a ideia de um direito universal e válido (Jusracionalismo) para todas as épocas passou a ser questionado, pois as ordens sociais são variáveis, ...*no esforço incessante de chegar a uma formulação equivalente ou mais perfeita*[489]...de sociedade.

De fato, afirmou Vitória:

> O fato de não ser legal para os espanhóis fazerem uma peregrinação entre eles teria que se originar na lei natural, ou no divino ou no humano. Já vimos que é permitido, certamente, por direito natural e por direito divino. Se, então, havia alguma lei humana que pecava. Qualquer causa que proíba o que é permitido pela lei natural e divina seria desumana e irracional e, portanto, não teria força legal.[490].

É nesse contexto que a ideia de dignidade humana passa a substituir a de direito natural como fonte limitadora do direito positivo, pois a pessoa é digna na medida em que o *homem é um ser com fins próprios. Para os atingir, o*

---

[486] BRANDÃO, Cláudio. *Francisco de Vitória e a raiz da dogmática do Direito Penal.* In: *Do direito natural aos direitos humanos.* HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. (Org). Coimbra: edições Almedina SA, 2005, p. 331-332.
[487] ADEODATO, João Maurício. *La pretensión de universalización del Derecho como ambiente ético común.* In: In: LOSANO, Mario G. MUÑOZ CONDE, Francisco (Coordinadores). EL DERECHO ANTE LA GLOBALIZACION Y EL TERRORISMO. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 102.
[488] BRANDÃO, Cláudio. *Francisco de Vitória e a raiz da dogmática do Direito Penal.* In: *Do direito natural aos direitos humanos.* HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. (Org). Coimbra: edições Almedina SA, 2005, p. 333.
[489] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fundamento do direito: entre o direito natural e a dignidade da pessoa.* In: *Do direito natural aos direitos humanos.* HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. (Org). Coimbra: edições Almedina SA, 2005, p. 24.
[490] VITÓRIA, Francisco. *Relacciones sobre los indios y el derecho de guerra.* Tercera edición. Madrid: Espasa-Calpe SA, 1975, p. 90.

homem é dotado de liberdade. E porque é livre, o homem é responsável pelo que constrói em si mesmo[491]*.* Assim, o homem é um ser ético que cria o seu próprio destino, não podendo se resumir ao mero conceito formal, de modo que na cultura moderna ocorre *a substituição gradual da cultura formalista dos direitos pela cultura substancial da pessoa*[492].

No que concerne ao bem jurídico, Brandão afirma que Francisco de Vitória no século XVI já apresentava a ideia de valoração, pois a lei deveria ser orientada para o bem comum. Nesse contexto, o valor tutelado pelo Direito Penal é um bem qualificado como bom e susceptível de ser violado[493].

> ... que não vem somente da religião, mas que parte da amizade e da sociedade humanas. Bem, da mesma forma que alguns bárbaros se converteram à religião cristã, tornaram-se amigos e companheiros de cristãos, e sabe-se que, embora devamos fazer o bem em favor de todos, é preciso que o façamos a favor. daqueles que, pela fé, são da mesma família que nós. (Gálatas, 6.) [494].

Interessante a afirmação de Peces-Barba Martínez no sentido que o conceito de direitos fundamentais pertence ao contexto histórico do mundo moderno:

> a transição para a modernidade é um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas ao mesmo tempo importantes elementos de sua realidade já são anunciados na Idade Média, e outros elementos tipicamente medievais sobreviverão ao final da Idade Média, nessa transição para a modernidade. e até o século XVIII[495].

Como fatores que levaram à concepção de direitos fundamentais no século XVIII, podem ser citadas as mudanças econômicas e sociais que será conhecido posteriormente como capitalismo e a aparição da burguesia como

---

[491] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fundamento do direito: entre o direito natural e a dignidade da pessoa.* In: *Do direito natural aos direitos humanos.* HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. (Org). Coimbra: edições Almedina SA, 2005, p. 26.

[492] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fundamento do direito: entre o direito natural e a dignidade da pessoa.* In: *Do direito natural aos direitos humanos.* HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. (Org). Coimbra: edições Almedina SA, 2005, p. 29.

[493] Ao colocar o homem como centro e destinatário do Direito, Vitória se destaca na dogmática penal pela proteção penal da dignidade humana. BRANDÃO, Cláudio. *Francisco de Vitória e a raiz da dogmática do Direito Penal.* In: *Do direito natural aos direitos humanos.* HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. (Org). Coimbra: edições Almedina SA, 2005, p. 338-339 e 345.

[494] VITÓRIA, Francisco. *Relacciones sobre los indios y el derecho de guerra.* Tercera edición. Madrid: Espasa-Calpe SA, 1975, p. 100.

[495] PERCES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales.* In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo i: Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII. Madrid: Editorial Dykinson SL, 1998, p. 15-16.

classe social em ascensão. Dessa forma, os direitos fundamentais são resultado de uma mentalidade individualista, em que o homem individual é protagonista de uma nova ordem econômica e social[496].

3.2 Normas internacionais e dever de incriminar

A elaboração de tratados e convenções voltados à proteção dos direitos humanos[497], aliado à evolução dos meios de comunicação e transportes e ao fortalecimento de organismos internacionais, gerou na comunidade das nações a necessidade de observância no âmbito interno de cada país da observância daqueles direitos sob pena de sanções que podem variar do nível econômico ao militar.

A União Europeia[498] serve de paradigma, pois nela surge o chamado direito constitucional supralegal, por meio do qual as normas criadas pela comunidade de nações pertencentes àquele bloco econômico, passam a ter força cogente interna.

No caso de países que não se submeteriam a um direito supralegal como os europeus continentais[499], aplica-se a Convenção sobre a

---

[496] PERCES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales.* In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo i: Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII. Madrid: Editorial Dykinson SL, 1998, p. 20-21.

[497] Segundo o artigo 5º, § 4º da Constituição da República de 1988, *o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*.

[498] O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia estabelece em seu artigo 67, item: 3. *A União envida esforços para garantir um elevado nível de segurança, através de medidas de prevenção da criminalidade, do racismo e da xenofobia e de combate contra estes fenómenos, através de medidas de coordenação e de cooperação entre autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades competentes, bem como através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e, se necessário, através da aproximação das legislações penais.* Também dispõe o artigo 87, item 2: Sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros em matéria penal se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização, podem ser estabelecidas por meio de diretivas regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio em causa. Essas diretivas são adotadas de acordo com um processo legislativo ordinário ou especial idêntico ao utilizado para a adoção das medias de haminização (...) Disponível em : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT. Acesso em 15/11/17.

[499] A referência aqui é ao processo britâncio de separação da União Europeia, o chamado Brexit. Disponível em https://g1.globo.com/mundo/noticia/parlamento-britanico-aprova-lei-do-brexit.ghtml. Acesso em 15/11/17.

Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade de 1968[500].

O caso Pinochet é emblemático. O ex-ditador do Chile foi detido em Londres no ano de 1998, por ordem do Juiz espanhol Baltasar Garzón, em face de suspeita da morte de cidadãos espanhóis no Chile durante a ditadura implantada naquele país, entre 1973 e 1990. Após um dramático processo judicial perante as cortes inglesas que durou quase dois anos, em primeiro momento foi autorizada a extradição do General para a Espanha, mas o Ministro do Interior britânico entendeu que Pinochet não tinha condições de saúde para ser extraditado. Ao final, Pinochet retorna ao Chile, onde o pleno do Tribunal Supremo acaba revogando a imunidade parlamentar do ex-ditador, em 08 de agosto de 2000, para se ver processado pelos crimes de que fora acusado pela justiça espanhola[501].

No Brasil, embora não se buscasse responsabilizar aos chefes de Estado do regime militar (1964-1984), ocorreu a discussão judicial da Lei de Anistia (Lei número 6683, de 28 de agosto de 1979) que concedeu anistia a:

> todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

A ação descumprimento de preceito fundamental número 153, que teve como relator o Ministro Eros Grau, alegava ser notória a controvérsia constitucional sobre a aplicação da Lei de Anistia, a qual não seria aplicável aos agentes públicos responsáveis por crimes de homicídio, desparecimento forçado, entre outros, contra opositores políticos, sob pena de violação de direitos fundamentais[502].

---

[500] Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html. Acesso em 15/11/17.

[501] Disponível em: https://web.ua.es/up/pinochet/noticias/agosto/09-agosto-mundo.html. Acesso em 15/11/17.

[502] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960. Acesso em 15/11/17.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei de Anistia estava integrada à ordem jurídica atual, reafirmando a conexão entre os crimes comuns e políticos, que acabou por beneficiar os agentes públicos acusados do cometimento de crimes de tortura e outros semelhantes, encarregados da repressão. A anistia teve um caráter bilateral, amplo e geral em um momento histórico de transição para a democracia[503].

Bascuñán Rodrigues aponta alguns problemas para a existência de definições supralegais criadoras de tipos penais, começando pela dificuldade de codificação em um contexto de comunidade internacional, configuração de regras que definam condições gerais de tipificação de delitos, como imputação subjetiva, autoria, participação e *iter criminis*, uma vez que não existe um marco para se medir cada um desses institutos dentro dos diferentes sistemas jurídicos. Além disso, o Direito Penal internacional representaria uma erosão nos princípios limitadores do *jus puniendi*, citado como exemplo o Estatuto de Roma, que permite disposições vagas e a analogia[504].

3.3 Conceito de direitos humanos

A expressão "direitos humanos" é plurissignificativa, podendo se referir aos direitos do homem, aos direitos da pessoa humana, aos direitos fundamentais do homem ou aos direitos naturais do homem. Tais direitos têm por titular o homem (equivalente ao ser humano: homem e mulher), todos e cada um ao mesmo tempo. Eles pertencem ao homem enquanto ser integrante da raça humana, o que implica na ideia de igualdade entre os homens, pois todo homem é titular desses direitos[505].

---

[503] Bascuñán Rodrigues afirma que o rechaço da anistia e da prescrição passa incialmente pela vigência categórica, definitiva e universal dos direitos fundamentais. Além disso, a anistia (autoexoneração) e a prescrição (consequência da omissão do aparato de poder), representariam sob o ponto de vista da justiça política, uma solução ilegítima ao processo penal. BASCUÑÁN RODRIGUES, Antonio. *Derechos fundamentales y Derecho Penal.* Revista de Estudios de la Justicia, n° 09, 2007, p. 72.

[504] BASCUÑÁN RODRIGUES, Antonio. *Derechos fundamentales y Derecho Penal.* Revista de Estudios de la Justicia, n° 09, 2007, p. 65-66.

[505] *Y luego reencontramos los restantes sinónimos: derechos naturales del hombre, y derechos fundamentales del hombre. Aquí los adjetivos también acusan un sentido trascendente, más allá de las posturas y las divergencias filosóficas. "Naturales" quiere decir, como mínimo, que tales derechos le son inherentes al hombre en cuanto hombre que tiene naturaleza (o esencia) de tal, o en cuanto cada hombre y todo hombre participa de una naturaleza que es común a toda la especie humana como distinta e independiente de las demás especies.* BIDART CAMPOS,

Tais concepções levam ao entendimento de que, embora possa parecer redundante o acréscimo da expressão “humano” aos direitos (somente o homem pode ser titular de direitos), há aqui um reforço no mundo jurídico-político da autonomia da pessoa humana dentro de um regime político e social, que deve estar voltado para o desenvolvimento da própria personalidade humana.

De acordo com Alexy[506], os direitos humanos podem ser conceituados como aqueles direitos abstratos, pertencentes à espécie humana, dotados de validade moral, de natureza prioritária, que têm por objetivo proteger interesses e necessidade fundamentais. Dessa forma, possuem cinco características:

- universalidade, ou seja, todo aquele que é humano é possuidor de direitos humanos;

- protegem apenas interesses e necessidades fundamentais;

- são abstratos;

-possuem uma validade moral, de modo que pode *ser justificado em relação a todo aquele que admite uma fundamentação racional*;

- são prioritários, não podendo ser invalidados por normas jurídicas-positivas, mas ao contrário, são um padrão de interpretação do que está positivado.

Bidart Campos[507], por seu turno distingue os direitos humanos como:

> a) na doutrina dos direitos humanos, existe um requisito ideal; b) a formulação de direitos humanos é postulada como universalmente válida; e) os direitos humanos são superiores e anteriores ao Estado e, portanto, inalienáveis e imprescritíveis ed) os direitos humanos significam uma estimativa axiológica em virtude do valor da justiça. que é imposto ao Estado e ao direito positivo.

Conectando essa noção de direitos humanos[508] com a de Estado democrático, tem-se a direção que este deve assumir no modo de organizar o poder político, bem como as demais funções estatais.

Gérman. J. *Teoría General de los derechos humanos.* México: Universidade Autónoma de México, 1989, p. 14-15.

[506] ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito.* Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 110-111.

[507] BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoría General de los derechos humanos.* México: Universidade Autónoma de México, 1989, p. 41

[508] Perez Luño chama a atenção para o fato de que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais são utilizadas como sinônimas. Entretanto, as diferencia designando direitos fundamentais como aqueles positivados em nível interno e que direitos humanos são os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como as exigências básicas relacionadas à dignidade, liberdade e igualdade, ainda que não positivadas. PEREZ

> constituem a principal garantia de que os cidadãos de um Estado de Direito têm o sistema jurídico e político como um todo orientado para o respeito e a promoção da pessoa humana; em sua estrita dimensão individual (Estado liberal de Direito), ou conjugando-o com a exigência de solidariedade corolária do componente social e coletivo da vida humana (Estado Social de Direito).[509].

Muito embora a realização desses direitos dependa das circunstâncias históricas e das situações sociais, políticas e jurídicas, a universidade se liga com a igualdade de todos os homens em qualquer tempo e lugar, levando-se em conta a atemporalidade do valor justiça.

Alicerçada na ideia de universalidade, Alonso Álamo[510] afirma que são titulares dos direitos humanos tanto o homem quanto o cidadão, muito embora nos primórdios, os direitos humanos tenham pertencido ao homem com vocação de universalidade. Nessa linha, estabelece uma correlação entre os bens jurídicos penais individuais com os direitos humanos originários e entre os bens jurídicos penais coletivos com os direitos humanos de titularidade coletiva.

3.4 Função e fundamento dos direitos humanos no Estado democrático

3.4.1. Função dos direitos humanos

Uma das principais características de um Estado democrático é a previsão e efetivação de direitos fundamentais, havendo uma indivisível relação entre Estado de Direito (social ou liberal) e direitos fundamentais, os quais representam uma diretiva de valores básicos a serem considerados na proteção dos indivíduos.

Segundo Perez Luño, os direitos fundamentais, sob o ponto de vista axiológico, são um legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito, sobre o qual são constituídos os pressupostos daquilo que se deseja edificar em uma sociedade democrática. Aqueles deixam de ser mero limite negativo das

---

LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales.* Séptima edición. Madrid: editorial Tecnos, 1998, p. 44.

[509] PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales.* Séptima edición. Madrid: editorial Tecnos, 1998, p. 20.

[510] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 101.

ações estatais, para se configurarem em um conjunto de valores ou fins diretivos dos poderes públicos[511].

Sob a ótica subjetivista, os direitos fundamentais representam um estatuto jurídico do cidadão em suas relações entre si e com o Estado, tutelando-se liberdade, autonomia e segurança frente ao poder estatal.

Bidart Campos[512] afirma que a primeira função dos direitos humanos é instalar o homem em uma comunidade política com um *status* que permita usufruir a dignidade de pessoa (é o direito constitucional de liberdade). Consequência disto é a limitação do poder estatal, de modo que o Estado deve reconhecer uma série de direitos do homem, além de se colocar a serviço dele (legitimação da democracia), criando condições para garantir a liberdade do homem, por meio do qual ele irá desenvolver sua personalidade.

Outra função exposta por Bidart Campos[513] é a criação de um sistema cultural de valores e bens, cuja previsão constitucional se reflete em todo ordenamento jurídico, servindo como fonte de interpretação desse. Tal valor tem oponibilidade *erga omnes*, valendo também em relação aos particulares. Consequência disso é o estabelecimento de órgãos jurisdicionais e ações judiciais para garantir a eficácia de tais direitos, além da necessidade de promoção e realização de políticas de bem-estar na área econômica, social e cultural que permitam o bem-estar comum e gozo dos direitos por todos os homens, em especial os menos favorecidos.

Em síntese, a função dos direitos fundamentais é, segundo Perez Luño:

> No horizonte do atual constitucionalismo, os direitos fundamentais desempenham, portanto, uma dupla função: no nível subjetivo, eles continuam a atuar como garantias da liberdade individual, embora a este papel clássico advenha agora a defesa dos aspectos sociais e coletivos da sociedade. subjetividade, enquanto no objetivo assumiram uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve ser funcionalizado para alcançar os objetivos e valores proclamados constitucionalmente.[514].

---

[511] PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales.* Septima edición. Madrid: editorial Tecnos, 1998, p. 21.
[512] BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoria General de los derechos humanos.* México: Universidade Autónoma de México, 1989, p. 61
[513] BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoria General de los derechos humanos.* México: Universidade Autónoma de México, 1989, p. 62-63.
[514] PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales.* Séptima edición. Madrid: editorial Tecnos, 1998, p. 25.

3.4.2 Fundamentação dos direitos humanos

Quanto à fundamentação dos direitos fundamentais, Alexy[515] afirma inicialmente que existe um argumento cético, segundo o qual não haveria um fundamento para normas morais (nelas incluídos os direitos fundamentais) e um argumento não-cético, que prega a possibilidade de fundamentação daqueles direitos, buscando uma pretensão de objetividade, correção (atribuir realidade às possibilidades discursivas) ou verdade em oito espécies de abordagens:

- religiosa, a qual leva em consideração que os homens foram criados à imagem e semelhança de Deus, possuindo, portanto, uma dignidade ou valor;

- biológica, para a qual a moral é uma forma de altruísmo, que é um comportamento melhor para a sobrevivência do patrimônio genético de um indivíduo. É preferível à agressividade ou à indiferença para com seus semelhantes;

- intuitiva, que justifica a existência ou validade dos direitos humanos, porque estes são evidentes;

- fundamentação consensual, uma vez que todos concordam que eles existem e devem ser respeitados. Não se trata de intuição coletiva, pois são fruto de um acordo, que por sua vez se fundamenta em argumentos, saindo, assim, do puro consensualismo;

- instrumental, como meio de se maximizar vantagens individuais;

- cultural, que afirma que os direitos humanos são uma conquista da história humana, que pode ser vislumbrada nas declarações de direitos, possuindo um significado a partir de experiências que se conectam a argumentos;

- explicativa, que significa expressar aquilo que está contido em juízos e ações da prática humana. Ao se reconhecer o outro como ser autônomo, há um reconhecimento como pessoa. Se há reconhecimento como pessoa, reconhece-se a dignidade e, por fim, os direitos humanos.

---

[515] ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito.* Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 112-119.

-existencial, é a que implica discussões sobre aquilo que o ser humano é (uma criatura discursiva). Trata-se de *uma confirmação de algo que já está a caminho da explicação como possibilidade necessariamente provada.*

Segundo Alexy, o problema da fundamentação dos direitos humanos pode ser resumido na justificação de normas ou regras que garantam direitos universais, fundamentais e abstratos[516]. A metafísica corresponde à aceitação de que existem objetos que não são nem físicos, nem psíquicos. Nessa linha, pode-se aplicar tal ideia ao conceito de norma que existe quando um direito humano é valido. Quando se reconhece o outro como pessoa, a esta é atribuída dignidade, de modo que a metafísica construtiva[517] tem caráter racional e universal, fundamento para a construção de uma teoria dos direitos humanos.

Bidart Campos[518] em seu livro *Teoría general de los derechos humanos* estabelece três espécies de fundamentos para tais direitos: filosóficos, positivos e sociológicos.

3.4.2.1 Fundamento filosófico

Inicialmente, dentre todas as tendências filosóficas, Bidart Campos[519] aponta como centro delas o reconhecimento de que o homem é homem porque tem essa natureza ou essência. Aliada a essa natureza intrínseca, haveria também uma ordem natural objetiva, acessível pela razão, que tem raiz metafísica (*a lei natural se enraíza com tanto vigor na natureza humana, que, embora Deus não fosse a origem e causa dela, a lei natural seria o que é, ...*).

3.4.2.2 Fundamentação positivista

---

[516] ALEXY, Robert. *¿Derechos humanos sin metafísica?* Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007), p. 239.

[517] Segundo Alexy, o modelo de metafísica construtiva afirma que o pensamento não pertence ao mundo exterior (material), nem ao mundo dos objetos psíquicos (por exemplo as ideias), mas a um terceito mundo dos entes abstratos ou ideais. ALEXY, Robert. *¿Derechos humanos sin metafísica?* Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007), p. 246-248.

[518] BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoria General de los derechos humanos.* México: Universidad Autónoma de México, 1989, p. 79.

[519] BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoría General de los derechos humanos.* México: Universidad Autónoma de México, 1989, p. 85-88.

No que se refere à fundamentação positivista, Bidart Campos[520] aborda primeiramente a discussão sobre se o fundamento dos direitos humanos se encontra dentro ou fora do Estado. Para alguns jusnaturalistas, o direito natural está fora do Estado, localizado no direito natural ontológico, na orbe dos valores. Outros, na ética, nos valores historicamente relativizados. Por outro lado, aponta que nenhum jusnaturalista nega que o direito natural necessita do positivo para sua vigência. Prossegue o autor afirmando que descobrimento, conhecimento e recepção dos direitos naturais dentro da positividade pertence à orbe cultural (humana, mutável, imperfeita...). Esta última afirmação leva ao seguinte questionamento: os direitos humanos são reconhecidos pela ordem jurídica ou são constituídos por esta? Ou em outros termos: existem direitos humanos antes de sua formulação positiva ou nascem quando o direito positivo os reconhece?

Como dito acima, ao se estabelecer uma fundamentação dos direitos humanos fora do Estado, *é quase inevitável reconhecer que o direito positivo tem para eles caráter constitutivo, porque antes são outra coisa distinta, uma coisa não jurídica, uma coisa que não é todavia direito*[521]*.* Por outro lado, uma visão constitutiva dos direitos humanos pelo direito positivo careceria de um conteúdo material da fonte ou dos fundamentos não jurídicos. Dessa forma:

> como não há dúvida de que a instância anterior (ou a fundação) dos direitos que são incorporados à positividade é um requisito (ético ou legal) cujo dever de ser ideal requer homens (em seu conhecimento e em sua realização), quando os homens imprimem positividade aos direitos que estão fazendo simultaneamente duas operações: "reconhecendo" essa instância anterior de ser, e seguindo-a "constituindo" em direitos positivos que, até então, não eram realmente positivos (por mais que são naturais ou morais) [522].

3.4.2.3 Fundamento sociológico

Para a aplicação dos direitos humanos, não basta a encarnação destes no seio do direito positivo, mas é necessária uma vigência sociológica, ou seja, a aplicação ou eficácia nas normas jurídicas no seio de seus

---

[520] BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoría General de los derechos humanos.* México: Universidad Autónoma de México, 1989, p. 94 e ss.
[521] BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoría General de los derechos humanos.* México: Universidad Autónoma de México, 1989, p. 102-103.
[522] BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoría General de los derechos humanos.* México: Universidad Autónoma de México, 1989, p. 103.

destinatários. Para Bidart Campos a ética é o elo entre a filosofia e os direitos humanos, pois a discussão racional de valores éticos permite que um direito seja afirmado como justo e em sintonia com os problemas morais que se desenvolvem no seio da sociedade. Parte-se daí para a ideia de que o homem é um ser dotado de dignidade. Bidart Campos enfatiza a necessidade de que o regime político de Estado democrático dê vigência sociológica aos direitos humanos, ou seja, promova a aplicação de tais direitos (*servindo de fundamento político-constitucional a vigência dos direitos humanos*)[523]. Em verdade, a raiz de todas as fundamentações para a proteção dos direitos humanos residiria no reconhecimento da natureza humana acessível ao conhecimento através da razão. Nessa linha, o direito positivo deve incorporar os valores que são compatíveis e satisfatórios com a natureza e a convivência humana.

Sustenta ainda Bidart Campos[524] que, do ponto de vista filosófico, os direitos naturais precisam ser positivados. Para esse autor, os direitos naturais representam aqueles essenciais ao homem, reconhecidos prévia e necessariamente ao direito positivo. Os direitos humanos são uma espécie de direito natural, este reconhecido positivamente e não apenas pelo costume. Como instância prévia, os direitos humanos são reconhecidos e constituídos na ordem jurídica pela positivação. Assim, os direitos humanos ao serem incorporados na ordem jurídica serão simultaneamente reconhecidos como instância prévia ao dever-ser e constituídos (positivados):

> *a lei natural é travasa ao direito positivo porque com ela e através dela entra na dimensão sociológica do mundo jurídico (positivação da lei natural), e o direito positivo retém a naturalidade dos direitos humanos porque incorpora o dever de ser valor ideal justiça ou direito natural (natureza do direito positivo)*[525].

Por meio da positivação dos direitos humanos (ingresso no mundo jurídico) ocorre a vigência sociológica daqueles, permitindo que *o dever de ser ideal de valor requer para cada um desses chamados direitos naturais do homem*

---

[523] BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo, 1991, p. 84-85.
[524] BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo, 1991, p. 100-103.
[525] BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo, 1991, p. 103-104.

[526]. Em outras palavras, é necessário que as normas jurídicas reconhecedoras/instituidoras dos direitos humanos (vigência normológica – a norma jurídica é privativa do direito positivo) sejam aplicadas por meio de condutas humanas que coincidam com aquelas normas positivas:

> *A positividade ou atualidade do direito (no presente, aqui e agora) equivale à vigilância sociológica que se situa na ordem do comportamento (ou sociológico) do mundo jurídico, de modo que a mera formulação escrita das normas jurídicas na ordem normativa não é comparável ao direito positivo; um direito é positivo quando é válido, quando funciona, quando é aplicado, quando é eficaz*[527].

Por outro lado, o direito positivo é valido quando é justo, sendo que o direito positivo injusto segue vigente, porém inválido. Nessa esteira, Campos afirma que quando a Constituição do Estado reconhece os direitos humanos, concorda com o valor justiça. Os direitos humanos mantêm sua validez enquanto positivo. Quando estes direitos perdem vigência sociológica, a positividade não força suficiente para garantir a vigência. Quando esta última é perdida e com ela a validez do direito positivo dos direitos humanos, estes não têm nem vigência, nem validez, porém manter incólume o valor justiça[528].

Radbruch, ao comentar sobre o direito vigente na Alemanha Nacional-Socialista, faz um paralelo entre o direito injusto e aquele que fere os direitos humanos e critica a expressão positivista do regime baseada nos aforismos a "a lei é a lei" e "ordens são ordens". Em verdade, a justiça do regime Nacional-Socialista carecia dos pressupostos de legalidade, busca de justiça e segurança jurídica:

> Nenhum juiz pode se referir a uma lei e julgar uma lei que não seja apenas injusta, mas também criminosa. Nós prevalecemos sobre os direitos humanos que estão acima de todas as prescrições escritas, sobre o direito inalienável e imemorial que nega validade às ordens criminosas de tiranos desumanos.[529].

Segundo este jusfilósofo alemão, o direito positivo deve prevalecer ainda que seu conteúdo seja injusto ou inconveniente, a menos que seja

---

[526] BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo, 1991, p. 106.
[527] BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo, 1991, p. 110.
[528] BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo, 1991, p. 114.
[529] RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal.* In: El hombre en el derecho. Conferencias y artículos selecionados sobre cuestiones fundamentales del derecho. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, p. 128-133.

arbitrário, quando então deva ceder lugar à justiça. Esse caráter arbitrário do direito ocorre quando as leis tratam os homens como seres inferiores e os privam de seus direitos humanos, momento que em a lei perde seu caráter jurídico, devendo assim deixar de ser cumprida[530].

3.5 Proteção penal da dignidade da pessoa humana

Considerando que o Direito Penal é uma forma drástica de intervenção do Estado nos direitos fundamentais do ser humano, a atuação desse ramo do Direito somente pode ocorrer de acordo com a dignidade da pessoa humana. Este princípio *se projeta sobre todo o Direito Penal e informa o princípio político-criminal de intervenção mínima, a discussão sobre os fins da pena, o princípio da culpabilidade, a justificativa de comportamento típico...* [531]

Sobre a relação entre Direito Penal e dignidade da pessoa humana, verifica-se que[532]:

- a intervenção deve ser suficiente para garantir a convivência em sociedade;

- sobre os fins da pena, as teorias de prevenção (geral e especial) seriam contrárias à dignidade humana, pois são uma forma de socialização forçada;

- a pena aplicada no caso concreto deve ter como limite a culpabilidade[533] do indivíduo no caso concreto, sob pena de lesão à dignidade humana;

- justifica-se a aplicação das medidas de segurança (que se valem do princípio da proporcionalidade e não da culpabilidade) quando há grande

---

[530] RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal.* In: El hombre en el derecho. Conferencias y artículos selecionados sobre cuestiones fundamentales del derecho. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, p. 135-137.

[531] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y derecho penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 144.

[532] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y derecho penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 144 e seguintes.

[533] Un Derecho Penal de la culpabilidad, si se entiende a ésta en el sentido aquí sugerido, es ya *eo ipso,* y de un modo evidente, esto es: *a priori,* un Derecho penal conforme con el principio del respeto debido a la dignidad humana. GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal. Uma introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal.* Barcelona: Atelier, 2006, p. 160.

probabilidade de que o indivíduo volte a atentar contra interesses alheios protegidos penalmente[534];

- a imposição de penas e seu cumprimento deve ser humanizado, com a proibição de certas classes de penas como as infamantes, de caráter perpétuo;

- a dignidade da pessoa humana é limite para tratamentos médicos, em especial situação terminal, onde se questiona o direito a uma morte digna. Nessa mesma linha, impõe-se o debate sobre a ponderação de interesses no estado de necessidade onde uma pessoa seria um meio para salvar outras pessoas, com violação de sua dignidade.

A evolução da ideia de dignidade da pessoa humana passa por uma visão Cristã do homem que ao longo dos tempos foi sendo secularizada, passando pela visão do Iluminismo do século XVIII, para depois garantir-se juridicamente, sendo que embora as constituições modernas contemplem o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, não há uma precisão de seu conteúdo, fazendo-se importante a máxima de Kant:

> Todo ser humano tem um direito legítimo ao respeito de seus semelhantes e está, por sua vez, obrigado a respeitar todos os demais. A humanidade ela mesma é uma dignidade, pois um ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano (quer por outros quer, inclusive, por si mesmo), mas deve sempre ser usado ao mesmo tempo como um fim. É precisamente nisso que sua dignidade e personalidade consiste, pelo que ele se eleva acima de todos os outros seres do mundo que não são seres humanos e, no entanto, podem ser usados e, assim, sobre todas as coisas[535].

Dessa forma, fica patente que nas relações entre o Estado e o Indivíduo e estre este e os demais indivíduos (horizontalização dos direitos fundamentais) o ser humano não pode ser considerado como objeto ou mercadoria, sob pena de quebra do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.5.1 Natureza e titularidade da dignidade

---

[534] El principio de humanidad de las penas y otras reacciones penales: -Impide el uso de determinadas sanciones, o de determinadas formas de ejecución de ellas, por contradecir la dignidad de la persona humana reconocida a todos los miembros de la sociedad. -Tiene carácter incondicionado, por lo que es independiente de - la importancia de los daños causados o amenazados por el comportamiento sancionado, - la gravedad de la responsabilidad personal por el comportamiento realizado, -la relevancia de los efectos sociopersonales que se quieran lograr con la imposición de la sanción. -Tiene un profundo arraigo social y notable estabilidade. DIÉZ RIPOLLES, José Luis. *Derecho Penal Español.* Parte general em esquemas. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, p. 24.

[535] KANT, Emanuel. *A metafísica dos costumes.* Bauru, SP: EDIPRO, 2003, p. 306

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil no artigo 1°, inciso III da Constituição da Repúblicade 1988 impõe o questionamento se a referida dignidade é ou não um bem jurídico penal.

Alonso Álamo, ao descrever o quadro constitucional espanhol, afirma que para efeitos de proteção penal da dignidade, não é necessário que esta opere como um direito fundamental reconhecido pela Constituição. A dignidade da pessoa humana seria um *prius* lógico para a existência dos demais direitos, de modo que o Direito Penal corresponderia somente à proteção dos bens jurídicos alusivos aos direitos fundamentais que lhe são inerentes, como vida, liberdade, integridade física e moral,... [536]

Todavia, o caráter aberto e indeterminado do conceito de dignidade humana dificulta o reconhecimento desta como bem jurídico-penal, pois segundo Diéz Ripolles a menção à dignidade da pessoa humana é uma referência geral a respeito dos direitos individuais no ato de se estruturar a sociedade em determinado momento histórico[537].

Roxin define os bens jurídicos como realidades ou fins que são necessários para a vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo ou para o funcionamento do sistema erigido para tal fim[538]. Prossegue o autor afirmando que a lesão da própria dignidade humana não supõe lesão de bem jurídico, como no caso de manipulação genética, quando há diminuição das possibilidades de desenvolvimento de um feto[539].

Segundo Alonso Álamo, a dignidade humana possui significado jurídico próprio, de modo que o legislador não está limitado pela Constituição no que se refere à proteção da dignidade reconhecida como direito humano ou direito fundamental, embora distinta dos direitos que lhe são inerentes. Nessa

---

[536] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 153.
[537] DIÉZ RIPOLLES, José Luis. *Derecho Penal español.* Parte general em esquemas. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, p. 231.
[538] ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidade del *Derecho Penal*? In: La teoría del bien jurídico. HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 448.
[539] ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidade del Derecho Penal? In: La teoria del bien jurídico. HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 450.

linha, é possível causar lesão à dignidade sem lesionar os direitos que lhe são vinculados, como no caso da integridade moral (nem todos os comportamentos inumanos são contrários à dignidade, de modo que a inumaneidade é graduável, ao passo que a dignidade não admite graus). Além disso, nem toda lesão de um direito essencial implica uma lesão da dignidade (por exemplo, é possível matar alguém sem lesar sua dignidade) [540].

Para a definição do que seja dignidade, Alonso Álamo traz à tona a fórmula do objeto ou da não instrumentalização, segundo a qual ocorre lesão à dignidade quando um indivíduo é tratado como coisa, como objeto. Embora ainda haja um alto grau de indeterminação, a referida fórmula serve ao legislador para definir aquelas condutas que merecem sanção penal quando contrárias à dignidade humana[541].

No que se refere ao seu reconhecimento, a dignidade pertence a todo indivíduo[542] independente de que este tenha ou não consciência de sua dignidade, sendo significativo para o Direito o reconhecimento da violação da dignidade do *outro*, ou seja, só há violação da dignidade na relação entre os homens[543].

O conteúdo da dignidade, em face da fórmula do objeto, leva em consideração a conduta em relação ao outro que é colocado em situação de coisa, em situação vil. A natureza da dignidade é objetiva e é reconhecida a todo

---

[540] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y derecho penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 157.

[541] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y derecho penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 159.

[542] No Brasil, a Lei 6001 de 19 de dezembro de 1973 dispõe sobre o estatuto do índio e estabelece:

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Art. 58. Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena:

I - escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena - detenção de um a três meses;

II - utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos. Pena - detenção de dois a seis meses;

III - propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados. Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. As penas estatuídas neste artigo são agravadas de um terço, quando o crime for praticado por funcionário ou empregado do órgão de assistência ao índio.

[543] Segundo Álamo, não liberdade sim dignidade, de modo que o sujeito condicionado não é livre para abrir mão de sua dignidade colocando-se nas mãos de terceiros. ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 163-164.

aquele que é uma pessoa, independente de que esta tenha ou não consciência dessa condição, como é o caso do nascituro.

O titular da dignidade é a pessoa humana individual, independente ... *de suas capacidades cognitivas, volitivas ou afetivas ou de seu comportamento na vida, com independência do sentimento ou da consciência que tenha sobre sua própria dignidade ou que se comporte ou não com dignidade*[544].

Dessa forma, possuem dignidade humana os nascituros, pois estes possuem vida humana, embora a vida do nascituro seja ponderada com outros bens jurídicos de relevante significação como a dignidade da mulher[545]. Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal na ação de descumprimento de preceito fundamental número 54 entendeu que a mulher deve ter garantida sua liberdade sexual e reprodutiva, de modo que não seria crime o aborto de feto anencéfalo[546].

---

[544] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 168.

[545] Álamo questiona esse posicionamento estampado pelo Tribunal Constitucional espanhol, uma vez que a dignidade do embrião viável e implantado no útero é intangível. ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 169-170.

[546]ADPF 54 / **DF - DISTRITO FEDERAL ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 12/04/2012 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação** ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011 **Parte(s)**REQTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE – CNTS ADV.(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO **Ementa** ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional a interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.
Decisão : Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia, e o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que julgava improcedente o pedido, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli, falaram, pela requerente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 11.04.2012. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012.

Os mortos possuem, por ficção, dignidade apta a ser protegida pelo Direito Penal quando o cadáver é colocado em situação de objeto como no caso de ataques verbais contra sua honra, violação de sepulturas, sendo que *I os ataques genuínos à dignidade do falecido são reduzidos a essas ações, em qualquer caso próximo da morte, envolvendo instrumentalização.* Mas da mesma forma que os embriões[547], a dignidade do morto pode sofrer ponderação, como no caso do uso do cadáver para estudos da medicina[548].

Já as pessoas jurídicas ou grupos de pessoas não possuem dignidade susceptível de proteção penal, pois não possuem vida, integridade física, conteúdos essenciais dos direitos fundamentais. O reconhecimento de honra em relação às pessoas jurídicas não importa em reconhecimento de dignidade. No caso de grupos de pessoa sem personalidade jurídica, a dignidade é singularizada, ou seja, pertence a cada indivíduo do grupo e não a este[549].

---

[547] No Brasil, a Lei número 11.105 de 24 de março de 2005 estabelece:
Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
I – sejam embriões inviáveis; ou
II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
...
Art. 6º Fica proibido:
...
II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo ***in vitro*** *de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;*
III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;
IV – clonagem humana;
V – destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação;
....
VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso.
...
Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei:
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.
Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
Art. 26. Realizar clonagem humana:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

[548] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 172.

[549] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 174.

Também os animais não possuem dignidade, pois embora alguns possam possuir capacidades cognitivas semelhantes aos humanos, aqueles não possuem um mundo social, os mesmos sentimentos humanos, conquistas artísticas, capacidade de interagir com os outros, fazendo a dignidade própria do *homo sapiens*.

Entretanto, a ausência de dignidade para os animais não significa ausência de proteção penal contra a crueldade. Pelo Supremo Tribunal Federal em acórdão proferido no ano de 2016, ficou decidido que o Estado deve garantir o pleno exercício de direitos culturais, mas não pode deixar de observar o artigo 225, inciso VII da Constituição da Repúblicaque estabelece:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> ...
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Nessa esteira, eventos culturais como a farra do boi e a vaquejada não teriam amparo constitucional até aquela data. Entretanto, em virtude da emenda constitucional número 96 de 2017, foi incluído o parágrafo 7° no supracitado artigo, que afirma:

> § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos[550].

A mencionada emenda constitucional teve a evidente intenção de se contrapor ao pensamento vigorante no Supremo Tribunal Federal e gera uma evidente necessidade de ponderação de princípios, estando de um lado a livre manifestação cultural e de outro a proteção ao meio ambiente, notadamente o combate aos maus tratos aos animais. Mas como se verá a seguir, na proteção

---

[550] *O Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5728), no Supremo Tribunal Federal (STF), para questionar a Emenda Constitucional (EC) 96/2017, que considera como não cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais. Durante sua tramitação no Congresso Nacional, a proposta ficou conhecida como a PEC da Vaquejada.* Disponível em: http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348571. Acesso em 23/10/17.

à cultura estaria à proteção da dignidade humana. Em um país como o Brasil, de amplo espectro de manifestações culturais e tradições diversas, certamente o que pode ser tido como crueldade aos animais nas grandes capitais, pode não ser nos remotos interiores do país. Outro exemplo dessa linha de raciocínio é o caso bacamarteiros[551], grupo folclórico que tem sua origem após a Guerra do Paraguai, muito comum no nordeste, em especial no interior de Pernambuco. Esses grupos se valem de espingardas de antecarga em via pública, onde fazem disparos com pólvora, sem projétil, o que em tese caracterizaria o crime de disparo de arma de fogo em via pública, previsto no artigo 15 da Lei 10826/2003 (estatuto do desarmamento). Entretanto, o Exército Brasileiro reconhece essa atividade cultural na Portaria número 56/COLG de 05 de junho de 2017, desde que haja registro naquela Força Terrestre[552]. Mesmo considerando que a maior taxa de homicídios por 100 mil habitantes no ano de 2014 tenha sido na região nordeste[553], não seria razoável que houvesse a proibição de uso de armas de fogo pelos bacamarteiros ao argumento de que há ali um crime ou de que haja um projeto nacional para o desarmamento da população civil brasileira.

---

[551]http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/index.php?option=com_content&view=article&id=481

[552] Art. 2o Para o exercício de qualquer atividade com Produto Controlado pelo Exército (PCE), própria ou terceirizada, as pessoas físicas ou jurídicas devem ser registradas no Exército.
....
art. 4o A utilização de PCE compreende a aplicação, o uso industrial, a demonstração, a exposição, a pesquisa, o emprego na cenografia, o emprego em espetáculos pirotécnicos com fogos de artifício considerados de uso restrito, a apresentação de bacamarteiros, o emprego na segurança pública, o emprego na segurança de patrimônio público, o emprego na segurança privada, o emprego na segurança institucional ou outra finalidade considerada excepcional.

[553] Disponível em:http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos_diversos/1diagnostico-homicidios.pdf Acesso em 23/10/17.

CAPÍTULO IV
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS COMO PARÂMETRO DE INTERPRETAÇÃO DO BEM JURÍDICO PENAL

4.1 Neoconstitucionalismo e bem jurídico

A ideia de subordinação do Direito Penal a uma Constituição ou o reconhecimento desta como fonte de validade do sistema jurídico de um Estado é algo relativamente recente na história do constitucionalismo, nascido em fins do século XVIII com os movimentos Iluministas que pregavam a limitação do poder do Estado e respeito aos direitos fundamentais (Estado de Direito). Na verdade, as constituições não possuíam eficácia normativa, mas representavam uma carta de intenções voltadas para o legislador no futuro. A ideia de Constituição surge não como norma que define em um instrumento único a estrutura política superior do Estado. A fonte da legitimidade do poder e do Direito estavam no postulado básico de autoorganização insculpido na teoria do contrato social[554].

A Constituição como organização do Estado, cuja fonte de poder emana do povo[555] deve estabelecer uma ordem política determinada em sua estrutura básica e em sua função, com a participação do povo e de modo que os detentores do poder o usem dentro de certos limites, submetidos a mecanismos de controle e a serviço da sociedade[556]. Nessa linha, o Direito Penal possui significado político, pois o texto constitucional, ao qual aquele está subordinado,

---

[554] GARCIA ENTERRIA, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Madrid: editorial Civitas S.A., 1985, p. 41.

[555] *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, 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 e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.* Prefácio da Constituição da República, de 1988.

[556] GARCIA ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Madrid: editorial Civitas S.A., 1985, p. 44-45.

deve também estabelecer objetivos a serem alcançados por meio de um conjunto de princípios e valores sociais, o que ganha especial relevo em face de sociedades plurais, abertas a múltiplas interpretações e posições conflitantes[557].

Considerando que a sanção penal corresponde à máxima restrição da liberdade pessoal (valor constitucional), somente a violação de um bem jurídico dotado de relevância constitucional justificaria a imposição de pena[558].

Barroso (2013) afirma que no Brasil criou-se a doutrina da efetividade, que buscou superar a insinceridade normativa no uso da Carta Política, tornando as normas destas aplicáveis direta e imediatamente, em sua máxima extensão. Para tanto, a referida doutrina agiu em três planos: jurídico, dogmático e institucional. Juridicamente, a Constituição passou a ser fonte de direitos e obrigações. Pelo caráter dogmático, o Direito Constitucional é reconhecido por seu objeto próprio e autônomo. Institucionalmente, o Judiciário tem papel de destaque na concretização dos direitos e valores constitucionais.[559]

Prossegue o mencionado autor afirmando que as transformações pelas quais passou o Direito Constitucional (constitucionalização do Direito) nos últimos anos possui três marcos fundamentais: histórico, filosófico e teórico.

O marco histórico do neoconstitucionalismo ocorre após a II Guerra mundial na Europa, tendo como referência a Lei Fundamental de Bonn, de 1949 e o Tribunal Constitucional Federal alemão, de 1951 (no Brasil com a Constituição da República de 1988, com a reconstitucionalização do país). O marco filosófico dá-se com o pós-positivismo, marcado pelo retorno da ética e dos valores ao Direito (*O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o Direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas)*[560]. Dá-se a aproximação de Direito e Filosofia na medida em que atribui-se normatividade aos princípios e a relação

---

[557] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 49-50.
[558] CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos de obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico.* Granada: Editorial Comares, 2002, p. 09.
[559] BARROSO, Luis Roberto Barroso. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 28-29.
[560] BARROSO, Luis Roberto Barroso. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 192.

destes com as regras. Além disso, busca-se a construção de uma teoria de direitos fundamentais[561].

O marco teórico é representado, por seu turno, pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova dogmática de interpretação constitucional. Nessa linha, a Constituição deixa de ser um documento apenas político, subordinada à atuação do legislador, para ter caráter obrigatório de suas disposições (*status* de norma jurídica) [562].

Para Barroso, a constitucionalização do Direito é resultado do *efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico*[563], de modo que a Constituição se torna fundamento de validade e sentido de todas as normas infraconstitucionais, repercutindo entre os Poderes do Estado e entre os particulares (efeito horizontal dos direitos fundamentais). Trata-se de supremacia formal e material do texto constitucional.

Ao se colocar a Constituição no centro do sistema jurídico, ela passa a ter importância direta sobre a interpretação e validade de todas as normas infraconstitucionais (inclusive as normais penais, por óbvio), o que pode ser constatado, por exemplo, no rol de direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição da República, de 1988. Os bens jurídicos previstos na Constituição representam uma escala hierárquica de proteção do Direito Penal, cujas penalidades impostas guardam relação de razoabilidade e proporcionalidade com o grau de importância tutelado. A este propósito afirmou Tiedemann (1991):

> *A relação entre direito constitucional e direito penal é um tema presente em todos os tratados de ambas as disciplinas desde o tempo do Iluminismo. "A lei não deve estabelecer mais penalidades do que aquelas estritamente e manifestamente necessárias." Este preceito da Declaração Francesa dos Direitos Humanos de 26 de agosto de 1789 (Artigo 8) inclui uma das reivindicações fundamentais de Beccaria e é dirigida diretamente ao legislador. A frase incorpora, na terminologia*

---

[561] BARROSO, Luis Roberto Barroso. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 193.
[562] BARROSO, Luis Roberto Barroso. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 194.
[563] BARROSO, Luis Roberto Barroso. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 201.

> *da atual política penal alemã cunhada pelo Tribunal Constitucional Federal, os postulados de proporcionalidade e subsidiariedade do direito penal*[564].

É possível afirmar que o que marca o neoconstitucionalismo não é o reconhecimento formal de direitos fundamentais, mas a efetivação de tais direitos, em que todo o poder do estado está subordinado àqueles direitos. Assinala Alonso Álamo que a *A dogmática dos direitos fundamentais é projetada e permeia o sistema de justiça total. Claro que isso acontece na fase de interpretação e aplicação da lei...”*[565]

> ... a Consituição não pode ser considerada um texto normativo que ordena a convivência social como uma concessão do Estado, ou que pretende que neste se resuma a vida pessoal ou coletiva, tal qual um nível ético superior, em referido instrumento jurídico há de expressar-se antes de mais nada a autodeterminação política social, assim como o princípio da limitação do poder, essencial ao constitucionalismo[566].

Segundo Alonso Álamo, o neoconstitucionalismo conduz a uma teoria normativa-constitucionalista do bem jurídico, o qual passa a ser material e formalmente estabelecido pelas constituições rígidas. Dessa forma, enquanto teoria do Direito, o neoconstitucionalismo está ligado à função dogmática do bem jurídico, enquanto que pelo ponto de vista ideológico, gera efeitos sobre a função político-criminal do bem jurídico[567].

Sob o aspecto de uma nova teoria do Direito, o neoconstitucionalismo projeta-se no plano da interpretação/aplicação do Direito e no plano legislativo (criação do Direito).

Como uma nova teoria do Direito, o neoconsitucionalismo é marcado pela prevalência de princípios, com relevo à jurisdição constitucional. Nessa linha, cabe ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das normas, revogando aquelas que forem anteriores à Constituição e com esta incompatíveis; declarando inconstitucionais aquelas que forem posteriores à Constituição e com esta incompatíveis; interpretando as normas

---

[564] TIEDEMANN, Klaus. *Constituición y Derecho Penal. Revista Española de Derecho Constitucional* Año II. Núm. 33. Septiembre-Diciembre 1991, p. 145.
[565] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 48.
[566] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 48.
[567] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien Jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 49.

infraconstitucionais, favorecendo a esta com a leitura que melhor alcance dê aos valores e fins previstos na Constituição[568].

No plano da interpretação e aplicação do Direito, Alonso Álamo chama a atenção para a importância da argumentação com relação ao alcance de certos tipos penais em face de bens jurídicos reconhecidos pela Constituição, como por exemplo os crimes de auxílio ao suicídio face ao princípio da autonomia da vontade ou os crimes contra a honra, face à liberdade de expressão ou opinião. O neoconstitucionalismo *penetra na dogmática da parte especial delimitação ou âmbito da proteção do bem jurídico de acordo com a dogmática dos direitos fundamentais* [569], de modo que se parte dos tipos penais previstos no Código Penal, os quais passam a ser interpretados à luz do texto constitucional.

No plano legislativo (criação do Direito), investiga-se, primeiramente, se no texto constitucional encontram-se referência explícita ou implícita de quais bens jurídicos devem ser protegidos penalmente[570] ou se a Constituição estabelece limites negativos ao legislador em matéria penal. Trata-se do alcance que a Constituição atribui ao Direito Penal, com reflexo na antijuridicidade material[571]. Em segundo lugar, questiona-se como deve ocorrer a proteção dos bens jurídicos, os quais passam a desempenhar um papel de limite da atividade legislativa, controlando-se o poder discricionário do legislador infraconstitucional. O critério a ser usado nesse aspecto é do princípio da proporcionalidade e remete a questão do bem jurídico à limitação do poder de formulação de tipos penais (âmbito da tipicidade) [572].

Sob a ótica do neoconstitucionalismo como ideologia, coloca-se em relevo a ideia de que o Direito Penal serve para proteger direitos fundamentais,

---

[568] BARROSO, Luis Roberto Barroso. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 213.
[569] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 50.
[570] A Constituição da República de 1988 determina que sejam considerados crimes, por exemplo, o racismo, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito: artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV.
[571] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 50.
[572] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 51.

ou seja, os bens jurídicos agem como limitação do *ius puniendi* estatal, uma vez que toda norma penal deveria ser resultado do desenvolvimento de direitos fundamentais. Pietro Sanctis, nessa linha, afirma que Constituição material significa um denso conteúdo substantivo formado por valores, princípios, direitos ou diretrizes[573].

Roxin[574]afirma que o reconhecimento de discricionariedade ao legislador não desvaloriza o conceito de bem jurídico, pois a definição deste não se dá com linhas divisórias absolutas e com limite evidente, sendo que a referência ao bem jurídico de um dispositivo pode ocorrer com maior ou menor intensidade.

A Constituição estabelece um marco fundamental para o Direito Penal, uma vez que todo tipo penal estabelece uma restrição de direitos fundamentais[575]. Dessa forma, toda intervenção penal só pode ser justificada na medida em que são protegidos bens jurídicos[576]. Nesse ponto, a ponderação tem destaque especial, pois representa a fórmula para o cumprimento de princípios constitucionais. Alexy afirma que *quanto maior o grau de descumprimento ou interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio*[577].

Nessa linha, interessante a lição de Hassemer:

> *Qualquer mandato ou proibição criminal é uma interferência na liberdade geral de ação. Em uma Lei de Auditoria Interna do Estado de Direito, tal interferência requer uma justificativa geral e uma justificativa específica; justificação inferida a partir da fundação e consideração dos limites da liberdade geral de ação. No direito penal, um limite - se não o limite - da liberdade geral de ação é dado pela intervenção prejudicial por um direito legal protegido; De acordo com a tradição criminosa, a*

---

[573] PIETRO SANCHIS, Luis. *El neoconstitucionalismo de los derechos.* In: Teoria del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Edición de Miguel Carbonell. Madri: Editorial Trota SA, 2009, p. 213.

[574] ROXIN, Claus. *Novos estudos de Direito Penal.* Organização Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 81.

[575] Brandão em sua obra sua tipicidade penal chama atenção nesse ponto para o fato de que é necessário que se investigue a violação do bem jurídico para que se justifique a violência da pena, pois esta é uma violação de direitos fundamentais. Para esse autor, a tipicidade não é óbice para a aplicação supra-legal do Direito Penal em benefício do agente, em face da teleologia do princípio da tipicidade que visa à limitação da violência da pena, que é violadora de direitos fundamentais e pelo bem jurídico (proporcionalidade da pena à lesão do bem jurídico). BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime. 4ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015 p. 21 e 228/229.

[576] Robles Planas afirma que a proibição não será legítima onde a liberdade proibida seja claramente de maior peso que a liberdade ganha. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal econômico.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial I B de F, 2014, p. 47.

[577] ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito.* Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 154.

> *ameaça de dano ou a ameaça de um direito legal podem legitimar uma condenação criminal. De acordo com isso, o direito legal carrega o núcleo da justificativa de uma proibição de agir; uma proibição criminal de ação - na forma de uma ameaça criminal a uma determinada conduta - não pode ser justificada se não for possível referir que ela prossegue adequadamente uma finalidade admitida.*[578]

Alonso Álamo[579] afirma que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos a que se destina o Direito Penal tem base constitucional (sistema de liberdades), sendo o primeiro pressuposto do princípio da proporcionalidade. O dever de proteção de bens jurídicos (deduzidos ou não da Constituição) é uma obrigação do Direito Penal frente às condutas consideradas como intoleráveis no seio social.

4.2 Bem jurídico penal e Constituição

Conforme descrito em linhas anteriores, a Constituição exerce um papel limitador do Direito Penal dentro de um Estado democrático de direito, face à proteção do bem jurídico, pois *uma proibição de um comportamento sob ameaça criminal que não poderia ser referida a um direito legal seria terror do Estado*[580].

Entretanto, é preciso definir qual ou quais os limites impostos pela Constituição ao Direito Penal; em outras palavras: todos os bens jurídicos estão previstos na Constituição expressa ou implicitamente ou a Constituição estabelece um marco além do qual o legislador não pode ultrapassar?

A partir do momento em que o Estado assume para si a tarefa de proteger seus cidadãos, existe a necessidade de legitimação do uso do Direito Penal para tal finalidade (prestação de segurança/manutenção da paz social, por meio da proteção de direitos fundamentais que garantam o desenvolvimento da personalidade humana), o que também funciona como mecanismo de limitação

---

[578] HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal?* IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 99

[579] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien Jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 52.

[580] HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* IN: La teoria del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 102.

daquele ramo do Direito. Dessa forma, o Estado existe para garantir a liberdade do cidadão, como condição de desenvolvimento da personalidade deste, mas sem que o ente estatal incorra em excesso, ou seja, a imposição de sanções penais não pode ocorrer a qualquer custo, sob o pretexto de proteção do indivíduo.

Segundo Sales, a legitimidade do sistema penal deve ter por base a Constituição, de modo que torne possível[581]:

-um sistema penal mais fechado quanto à seleção dos bens jurídicos a serem tutelados;

- corrigir o uso seletivo do Direito Penal, de modo a não privilegiar os que estão em melhor posição social;

- individualizar as técnicas de tutela penal, diminuindo o uso do Direito Penal, de modo que os bens jurídicos possam ser protegidos por outros meios;

- neutralizar o uso simbólico do Direito Penal;

- as sanções penais devem obedecer ao trinômio: proteção penal, reprovabilidade jurídica pelo fato crime e prevenção especial humanista e humanitária;

- um sistema penal que tenha efetividade e não seja considerado uma "baqueta mágica", com a qual se resolvem os problemas sociais.

Para Sternberg-Lieben[582], se o bem jurídico for considerado como condição necessária para a vida social, tendo como marco a Constituição, o Direito Penal que visa à proteção de bens jurídicos, passa a ter *status* constitucional. Por outro lado, se a Constituição é dotada de uma carga valorativa, indicadora de princípios gerais, o legislador teria a liberdade de criar tipos penais de acordo com a promoção de direitos fundamentais, cujos valores são apontados pelo texto Magno. Para o referido autor, a Constituição não poderia oferecer instruções concretas ao legislador, pois haveria situações em que as ações supostamente violadoras de direitos fundamentais deveriam ser analisadas caso a caso quando em conflito com outros direitos fundamentais.

---

[581] SALES, Sheila Jorge Selim de. *Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico.* Revista dos Tribunais n° 848, junho de 2006, p. 420.

[582] STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y liberdade del legislador penal.* IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 107-108.

Veja-se por exemplo a questão da interrupção da gravidez no caso de fetos anencéfalos, julgada na ação de descumprimento de preceito fundamental número 54, na qual se encontravam de um lado os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, do direito à saúde, todos previstos na Carta da República, de 1988 e, de outro, o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal[583].

Prossegue Sternberg-Lieben afirmando que *"o Estado está ao serviço do cidadão, o cidadão não está ao serviço do Estado"; o estado gira em torno de seres humanos,* de modo que o Direito se direciona ao objetivo de desenvolver a personalidade humana dentro de uma comunidade. Assim, o Direito Penal é a *ultima ratio* para proteção das circunstâncias que se mostram aptas ao desenvolvimento do indivíduo[584].

O legislador possuiria certa margem de liberdade para avaliação do momento em que uma conduta colocaria em perigo determinado bem jurídico, criminalizando, assim, tal conduta. Para tanto, o legislador deveria se valer de prognósticos plausíveis de uma situação fática futura[585]. Em todas as hipóteses de atuação legislativa, em caso de dúvida sobre o grau de restrição imposta pelo Direito Penal, deve-se levar em conta o princípio do *in dubio pro libertate.*

Hassemer, afirma que em um Estado democrático de direito, a intervenção penal deve ter por fundamento a proteção de direitos fundamentais, destando-se a proibição de excesso (*Übermaßverbort*) e a proibição de defeito (*Untermaßverbort*). No primeiro caso (proibição do excesso), o legislador somente deve intervir quando se puder justificar a intervenção penal, ao mesmo tempo em que se estabelece uma hierarquia de valores com graus de desvalor

---

583 O Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. A íntegra do Acórdão pode ser acessada no sítio: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M, disponível em 11/12/16.

584 STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y liberdad del legislador penal.* IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?. HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 108-109.

585 STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y liberdad del legislador penal.* IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 122.

da conduta (deve haver proporção entre a proibição e a ameaça penal) e graus de intensidade das lesões (parâmetros para estabelecer a proporcionalidade das intervenções estatais). Entretanto, há certa margem de liberdade para o legislador diante das seguintes questões: quando deve agir o legislador diante de uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico?; até onde o legislador está autorizado a estender a punibilidade em um caso?; como justificar e organizar o exame de correção da decisão do legislador? Em todos esses casos, Hassermer afirma que o princípio da proibição do excesso que o legislador deve se abster de criminalizar quando não se pode encontrar um bem jurídico[586].

No que se refere à proibição do defeito, Hassemer afirma que em determinadas situações, o legislador pode se ver obrigado pela Constituição a proteger determinados interesses (dever estatal de proteção do bem jurídico)[587].

Nessa linha, a possibilidade de revisão em sede de controle de constitucionalidade da norma penal passaria pelo princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso, em cada caso concreto[588]. Todavia, esse controle jurisdicional precisa observar o equilíbrio entre a ideia de um Estado que busca a preservação de direitos fundamentais e a noção de democracia parlamentar, pois do contrário, a atividade legislativa seria substituída pela execução da Constituição[589].

---

[586] HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?.* IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 99-101

[587] HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?.* IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEL, Roland (ed).. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 101

[588] *Las pocas disposiciones configuradoras del contenido material de las normas penales que pueden extraerse de la prohibición de exceso y de la interdicción de la arbitrariedad previstas por el Derecho constitucional necesariamente han de entenderse como directrices regulativas de carácter abierto que sólo se concretan en cada caso particular. Ello hace que de modo general no puedan considerarse más que desiderata de la política legislativa penal, y no disposiciones vinculantes susceptibles de ser revisadas en cada decisión parlamentaria*. STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y liberdade del legislador penal.*IN: La teoria del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 121.

[589] *Las pocas disposiciones configuradoras del contenido material de las normas penales que pueden extraerse de la prohibición de exceso y de la interdicción de la arbitrariedad previstas por el Derecho Constitucional necesariamente han de entenderse como directrices regulativas de carácter abierto que sólo se concretan en cada caso particular. Ello hace que de modo general no puedan considerarse más que desiderata de la política legislativa penal, y no disposiciones vinculantes susceptibles de ser revisadas en cada decisión parlamentaria*. STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y liberdade del legislador penal.* IN: La teoría del

A partir do entendimento de que a Constituição passa a ser o fundamento de validade do sistema jurídico, de modo que a interpretação dos demais ramos da árvore do Direito é feita à luz da Carta Magna, e não o contrário, pode-se afirmar que a ideia de bem jurídico encontra guarida a partir da interpretação do texto constitucional.

A concepção daquilo que é considerado como bem jurídico em face da Constituição gera alguns posicionamentos. Primeiro, pode-se afirmar que a ideia de bem jurídico está expressa ou implicitamente localizada. Por outro lado, pode interpretar o bem jurídico em face de um sistema de valores de direitos fundamentais contidos na Constituição. Dessa forma, o Direito Penal deve agir para proteger e assegurar direitos fundamentais de maior peso extraídos da Constituição. Isso porquanto o próprio Direito Penal já é uma limitação de direitos fundamentais em face da ameaça de pena, o que só se justificaria na medida em que o interesse protegido fosse de maior relevo. Nesse sentido, afirma Carbonell Mateu:

> Porque um sistema constitucional como o nosso, estabelece um sistema de valores e que o poder punitivo do pacto constituinte nascido precisamente, é seguro dizer que os direitos fundamentais só pode ser limitado para proteger os outros, pelo menos, têm significado constitucional. Por relevância constitucional, não deve ser entendido que o bem deve ser especificamente e explicitamente proclamado pelo Padrão Fundamental. Isso teria que supor uma negação dos próprios poderes do legislador ordinário. A Constituição contém um sistema de valores composto por direitos fundamentais, os direitos dos cidadãos, os valores que emanam deles, aqueles que são necessários e convenientes para tornar os fundamentos efetivos e aqueles que simplesmente emergem como desenvolvimento daqueles. Por outro lado, a interpretação que é feita da norma fundamental não deve ser estática, mas dinâmica; isto é, adequado às mudanças sociais e qualquer outra natureza que possa ocorrer. Deste modo, pode-se dizer que o direito penal se desenvolve, os tutelandoolos, os valores proclamados na Constituição e os que dela emanam;[590]

Alonso Álamo[591] nos recorda que dentro da sistemática do neoconstitucionalismo, não é necessário que o Texto Magno contenha de forma literal o que deva ou não ser protegido pelo Direito Penal em termos de bem

---

bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 123.

[590] CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales.* 3ª edición. Valencia: T1RANT LO BLANCH, 1999, p. 36-37.

[591] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 54.

jurídicos. Na verdade, por meio da Constituição é extraída uma série de direitos fundamentais, que possuem na base de sua construção uma variedade de regras e princípios.

Os direitos fundamentais ocupam o grau mais elevado na estrutura jurídica do Estado, onde exercem a maior força executória (executáveis judicialmente e não mera lírica constitucional. Tem por objeto as questões da mais alta relevância (a estrutura fundamental da sociedade), como por exemplo liberdade, propriedade, família, proteção à vida, inviolabilidade corporal, entre outros. Permitem ainda uma maior abertura interpretativa pelo tribunal constitucional, o qual, na Alemanha, desenvolveu uma fórmula por meio da qual direitos fundamentais garantidos sem reserva podem ser restringidos em favor de outros direitos fundamentais colidentes e de outros valores jurídicos que possam ter nível constitucional[592].

A construção de uma teoria de direitos e garantias fundamentais segundo Alexy[593] baseia-se em regras e princípios, muito embora os ordenamentos não contemplem a estruturação em regras ou princípios de forma pura.

a) Construção por meio de regras

As regras são normas que exprimem um comando definitivo, aplicado sob a forma de subsunção. Quando válidas, devem ser cumpridas exatamente naquilo que exigem. São uma espécie de norma que somente podem ser cumpridas ou descumpridas.

O sistema jurídico montado sobre regras atua fundamentalmente sem a necessidade da ponderação, o que pode ou não ter um caráter positivista.

b) Construção por meio de princípios

Os princípios são normas que devem ser cumpridas na maior medida do possível (comandos de otimização), de acordo com as realidades fáticas e jurídicas. Dessa maneira, permitem o seu cumprimento em graus. A medida ou quantidade que um princípio deve ser aplicado, levando-se em consideração um princípio oposto é dada pelo postulado da ponderação, que por sua vez constitui

---

[592] ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito.* Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 127-131.

[593] ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito.* Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 185.

o cerne do exame da proporcionalidade. Esta, em suas máximas parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, possui conexão estreita com a interpretação dos direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípios. Daí a afirmação de Alexy de que "*núcleo da construção em princípios consiste nesse vínculo necessário entre direitos fundamentais e proporcionalidade"*[594] .

Todavia, a construção em regras (oposta à construção em princípios) tem por escopo a aplicação das regras de direito fundamental sem a necessidade de ponderação, o que pode assumir um caráter tanto positivista, quanto não-positivista. No primeiro caso, valendo-se das regras tradicionais de interpretação (salientando-se a literalidade das disposições) de direitos fundamentais. Na segunda situação, trata-se de uma aplicação em essência dos direitos fundamentais[595].

Alexy[596], por seu turno enfatiza que a construção em princípios, que abrange o uso da ponderação é também um tipo especial de construção em regras.

A ponderação faz parte da proporcionalidade em sentido estrito, que trata da otimização em relação às possibilidades jurídicas, enquanto que a necessidade e adequação visa à otimização das possibilidades fáticas.

> "A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei em colisão. (...) Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais." [597]

A lei da ponderação possui três passos ou níveis, que passam respectivamente pelo grau de descumprimento ou interferência em um princípio, a identificação da importância do cumprimento do princípio oposto e, por último,

---

[594] ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito.* Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 188.
[595] ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito.* Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 186.
[596] ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito.* Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 186-187
[597] ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito.* Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 192.

a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele.

Diante do exposto, os bens jurídicos em face dos direitos fundamentais previstos na Constituição seriam mandamentos de otimização, valendo-se do critério da ponderação em cada caso concreto.

Todavia, a doutrina expõe críticas sobre a proporcionalidade, a qual renunciaria à racionalidade, correção e objetividade. Nesse sentido, afirma Habermas[598]: " *Alexy sabe que decisões jurídicas fundamentadas pelo discurso não podem ser "corretas" no mesmo sentido de juízos morais válidos (...) E enquanto esse pressuposto não for preenchido, a harmonia entre direito e moral, defendida por Alexy, tem uma desagradável consequência: ela não somente relativiza a correção de uma decisão jurídica, mas a coloca em questão enquanto tal.*"

A racionalidade da ponderação é consequência da demonstração de sua racionalidade enquanto forma de argumento prático geral e, também, jurídico.

Tem-se que a ponderação, no que concerne à proporcionalidade em sentido estrito, significa atribuir peso a determinado princípio, verificando-se a importância do cumprimento do outro, e então verificar qual deles deve ser aplicado ao caso concreto. Não se trata de um preceito arbitrário, mas conectado a uma argumentação jurídica, em que se a atribui um grau à lesão a um princípio numa escala triádica (leve-média-grave), bem como à importância do cumprimento do princípio oposto, e a comparação entre os princípios em colisão, o que implica entrar em uma dimensão ética para se realizar uma atribuição racional de pesos aos objetivos conflitantes. O peso concreto de um princípio é relativo e a ponderação somente é impossível quando todas as coisas possuírem o mesmo valor.

Roxin[599] chama a atenção para o fato de que o caráter necessariamente abstrato dos princípios jurídicos superiores (*oberste Rechtsprinzipien*) não tornam o bem jurídico indeterminado, pois aqueles não se

---

[598] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 289.
[599] ROXIN, Claus. *Novos estudos de Direito Penal.* Organização Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 80.

deixam apreender em uma definição passível de subsunção, mas um padrão orientador que deve ser concretizado na matéria jurídica.

Alonso Álamo[600] adverte que, a partir da Constituição, podem ser reconhecidos bens jurídicos individuais e coletivos, sendo que a partir de uma concepção individual de Hassemer, os bens jurídicos penais seriam reduzidos aos interesses individuais da pessoa, que podem ser complementados por bens jurídicos coletivos, importantes para o desenvolvimento dela. Essa posição teria por objetivo evitar o excesso do legislador na criação de tipos penais voltados para bens jurídicos coletivos, ou seja, que não tenham como foco diretamente o indivíduo.

Hassemer e Muñoz Conde ao comentarem sobre os bens jurídicos individuais e coletivos, descrevem que existem duas teorias sobre o tema: dualistas e monistas. As primeiras entendem que existe a possibilidade de existência simultânea de bens jurídicos individuais e coletivos, enquanto que as teorias monistas (de modo excludente) ou concebem o bem jurídico como coletivo (do ponto de vista do Estado, de modo que os interesses individuais são protegidos juridicamente por funções estatais), ou o concebem sob o ponto de vista da pessoa[601].

A teoria personalista do bem jurídico (monista) tem por objetivo *funcionalizar os interesses gerais do ponto de vista daqueles da pessoa, deduzindo ativos sociais e estatais daqueles do indivíduo* [602]*.* Neste aspecto, é uma teoria que melhor se adapta aos interesses do Estado liberal, pois legitima a ação deste em função do indivíduo. Os bens jurídicos da comunidade somente são reconhecidos na medida em que servem aos interesses da pessoa[603].

Dessa forma, os bens jurídicos são aqueles pressupostos que a pessoa necessita para sua autorrealização na vida social (vida, saúde, meios

---

[600] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 56.
[601] HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco*. Introducción a la criminología y al Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 107-108.
[602] HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco*. Introducción a la criminología y al Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 108.
[603] Assim, por exemplo, ...*el falso testimonio o la acusación y denuncia falsas como delitos contra una Administración de Justicia concebida como una función para investigar ordenadamente los asuntos que incumben a las personas relacionadas con ella.* HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco*. Introducción a la criminología y al Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 108.

materiais com vestuário, alimentação e outros de natureza ideal como honra, liberdade)[604].

4.3 Princípios constitucionais penais e bem jurídico

O Estado democrático de direito tem a proteção dos direitos fundamentais o seu eixo principal, não criando estes, mas reconhecendo-os e criando condições para o efetivo exercício por parte de seus cidadãos. Sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, as Constituições daqueles modelos de Estado são o centro do ordenamento jurídico ao redor do qual gravitam todos os demais ramos do Direito. Dessa forma, o conteúdo constitucional deixa de ser apenas uma carta de intenções para ser norma, ou seja, ter força de norma (cogente).

O conceito de limitação do poder punitivo do Estado surge no século XVIII com ideal de Estado de Direito, subordinado e controlado pelas leis que ele mesmo criou, tendo como farol um rol de direitos fundamentais para se evitar arbitrariedades, servindo assim de linha mestra para a criação, interpretação e aplicação de normas penais.

Diferentemente do Direito Penal do Antigo Regime, esta nova visão de repressão a condutas anti-sociais tem o escopo, antes de mais nada, de proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade e como forma de controlar a atuação do Estado neste campo.

Essa limitação, nos dizeres de Munhoz Conde[605] se traduz nos princípios da intervenção mínima e da estrita legalidade.

No que se dispõe esse ensaio a discutir, a legalidade estrita, mais do que uma exigência para o delito (determina que os tipos penais sejam previstos por força de lei formalmente votada pelo legislador, seja qual for o seu conteúdo - legalidade em sentido *lato* ou reserva da lei- exige daquele a produção de uma norma penal de acordo com *uma técnica específica de qualificação penal,*

---

[604] O autor também reconhece a existência dos bens jurídicos comunitários, ... *que afectan más a la comunidad como tal, a la agrupación de varias personas individuales, y que suponen un cierto orden social o estatal: la salud pública, la seguridad en el tráfico motorizado, la organización política, etcétera.* MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdución al Derecho Penal.* 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2001, p. 90-91.

[605] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edición. Editorial IB de F: Montevideo-Buenos Aires, 2001, p. 107.

idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados[606].

A legalidade estrita, permite, por seu turno, um controle mais rigoroso da interpretação dos termos empregados para a definição dos tipos penais, quando estes forem redigidos de forma precisa, valendo assim como um meio para se evitar intervenções punitivas sem fundamento.

Nessa linha, os princípios constitucionais, como mandamentos de otimização, não só apontam o Norte para a realização dos direitos fundamentais pelo Estado, como servem de limite ao poder estatal. De fato, um traço característico da concepção de Estado democrático é que o indivíduo não precisa justificar o exercício de um direito fundamental, ao contrário da limitação de direitos fundamentais pelo Estado[607]. A pena é uma forma de limitação de direito fundamental (vida, liberdade, propriedade...), logo sua imposição deve ser justificada dentro de parâmetros estabelecidos pelo texto constitucional.

4.3.1 Princípios constitucionais como fonte de interpretação do bem jurídico

A complexidade da interpretação do texto constitucional gerou a necessidade de novos métodos hermenêuticos, além dos clássicos (literal, histórico, teleológico, entre outros), com vistas à concretização das normas constitucionais.

Bacigalupo aponta os métodos tópico-problemático, o orientado às ciências da realidade e o hermenêutico concretizador. O primeiro caso é fundamentado na ideia de estrutura aberta da constituição, da qual surgem pontos de vista para a solução de casos concretos. A interpretação tem caráter prático, que privilegia a discussão do problema em face do caráter aberto ou fragmentário das normas constitucionais[608].

---

[606] Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 76.
[607] BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de Derecho Penal.* Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L., 1999, p. 13.
[608] BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de Derecho Penal.* Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L., 1999, p. 24.

O método orientado às ciências da realidade afirma que a Constituição representa mais do que um texto jurídico, mas deve representar uma realidade integradora, recriando continuamente o processo vital da comunidade, contendo diversos valores (econômicos, políticos, culturais etc...), para a superação dos conflitos sociais[609].

O método hermenêutico concretizador caracteriza-se pela pre-compreensão do intérprete com o respectivo problema que se deseja resolver. O procedimento de concretização é determinado pelo objeto da interpretação: a Constituição e o respectivo problema. Segundo Bacigalupo, trata-se de um método parte interpretação do texto, parte análise do âmbito normativo, ou seja, dos pontos de contato da norma com a realidade social, obtém-se um programa normativo (elaborado com os meios da interpretação do texto) que irá delimitar o próprio âmbito normativo[610].

Os princípios constitucionais permitem que se conheça as pautas de atuação estatal em matéria penal, de modo que o sistema jurídico penal sofre uma carga axiológica e teleológica, já que a Constituição se torna *um referencial nos processos de criminalização e descriminalização*[611].

A seguir, far-se-á uma análise descritiva dos mais relevantes princípios limitadores do Direito Penal em face do bem jurídico.

4.3.2 Proporcionalidade

Na busca de uma certeza na interpretação dos princípios constitucionais, a proporcionalidade surge como instrumento argumentativo de interpretação de direitos fundamentais de uma maneira racional, sem que o tribunal constitucional invada as competências do Legislativo.

A complexa tarefa de interpretação possui duas razões, segundo Lopera Mesa[612]. Primeiramente, em virtude da indeterminação dos conteúdos

---

[609] BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de Derecho Penal.* Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L., 1999, p. 24.
[610] BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de Derecho Penal.* Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L., 1999, p. 25-26.
[611] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 51-52.
[612] LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. In: El principio* de proporcionalidade y la interpretación constitucional. Editor: Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 271.

materiais da Constituição, havendo dificuldade em se definir aquilo que a Consituição determina, proíbe ou permite. Em segundo lugar, o próprio texto constitucional prevê orientações normativas incompatíveis entre si, pois há preceitos capazes de colidir entre si, como nos casos de liberdade de expressão e direito a honra, por exemplo.

Para resolver tais casos, o tribunal constitucional se vale do princípio da proporcionalidade, admitindo como válida a criação legislativa quando: persiga um fim constitucionalmente legítimo, seja um meio idôneo, seja necessário, isto é , não haja outro meio menos lesivo para alcançar a finalidade proposta, exista proporcionalidade entre os sacrifícios e os benefícios obtidos[613].

A aplicação do princípio da proporcionalidade pressupõe a existência de colisão entre princípios constitucionais, sendo que no que concerne às leis penais, deve-se perquirir, inicialmente, sobre a legitimidade da intervenção penal. "...*Primeiro, estabeleça quais são os bens jurídicos que o legislador procura proteger com sua intervenção e depois verifique se a proteção penal de tal propriedade não é proibida....*"[614]

4.3.2.1 Subprincipios da proporcionalidade

4.3.2.1.1 Idoneidade

A idoneidade é o liame positivo entre a medida legislativa tomada e o estado de coisas existente antes da intervenção, ou seja, uma melhora da situação anteriormente existe com a criação legislativa. Por outro lado, se a medida legislativa dificultar, impedir ou criar outro fim alheio àquele proposto pela ação legislativa, esta será carente de idoneidade[615].

No que se refere à norma penal, deve-se verificar se o tipo penal é capaz de afetar o bem jurídico, levando-se em conta o princípio da lesividade,

---

[613] LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. In: El principio* de proporcionalidade y la interpretación constitucional. Editor: Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 272.
[614] LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. In: El principio* de proporcionalidade y la interpretación constitucional. Editor: Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 274.
[615] LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. In: El principio* de proporcionalidade y la interpretación constitucional. Editor: Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 275.

de modo que somente poderá ser punida a conduta exterior que represente minimamente um perigo abstrato ao bem jurídico. Por outro lado, deve a norma penal ser um instrumento hábil a prevenir a realização da conduta abstrata (eficácia preventiva) [616].

4.3.2.1.2 Necessidade

Este subprincípio exige que deve haver o menor grau de lesão aos direitos fundamentais por meio da intervenção legislativa, de modo que não haja outro meio idôneo para conseguir um melhor resultado. Em matéria penal, está vinculado ao princípio da fragmentariedade, de modo que o Direito Penal somente deve proteger determinados bens jurídicos e, mesmo assim, não contra todas as formas de ataque. Procura-se analisar se a conduta deveria ser antes da proibição desregulamentada, plenamente liberada ou se buscar formas alternativas de tipificação como delitos de lesão, ao invés de perigo, por exemplo[617].

No que se refere à sanção, este subprincípio está aliado à fragmentariedade, devendo ser esgotados os meios coercitivos alternativos ao Direito Penal. Segundo Lopera Mesa:

> De acordo com o acima exposto, o julgamento da necessidade da regra da sanção é dividido em duas fases: a princípio, visa verificar se não há meios extra-criminais suficientemente capazes de proteger o direito legal e menos prejudicial para os direitos. fundamentos afetados pela regra da sanção; em um segundo momento, uma vez verificado que para esta tutela os mecanismos não criminais não são suficientes, é para estabelecer que a classe e quantidade de sanção prevista pelo legislador é o mínimo necessário para cumprir o objetivo preventivo[618].

As sanções penais devem ser consideradas inconstitucionais por falta de necessidade quando houver alternativas de menor lesividade e igual

---

[616] LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. In: El principio* de proporcionalidade y la interpretación constitucional. Editor: Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 277.
[617] LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. In: El principio* de proporcionalidade y la interpretación constitucional. Editor: Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 278.
[618] LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. In: El principio* de proporcionalidade y la interpretación constitucional. Editor: Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 280.

idoneidade, bem como quando outros setores do ordenamento jurídico tiverem o mesmo objeto de proteção[619].

De igual forma deve-se questionar os tipos penais que preveem ao mesmo tempo penas privativas de liberdade ou multa, pois o se o próprio legislador entende que a pena pecuniária seria suficiente, não seria justificável a pena privativa de liberdade dado o seu caráter criminógeno[620].

Da forma como propõe Lopera Mesa, quando houve a possibilidade de se aplicar sanções extra-penais com o mesmo efeito preventivo das normas penais, não seria justificável a utilização deste último recurso, mesmo sob o argumento de importância social do bem jurídico. Do contrário, a fundamentação do uso da norma Penal fundada em exclusiva proteção do bem jurídico por aquela levaria a um emprego meramente simbólico do Direito Penal[621].

4.3.2.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito

A proporcionalidade em sentido estrito envolve uma ponderação entre os direitos fundamentais afetados pelas normas penais e os princípios que determinam a proteção do bem jurídico, ou seja, tem-se aqui uma medida do grau de afetação da norma penal em comparação com o grau de satisfação proporcionado.

A ponderação faz parte da proporcionalidade em sentido estrito, que trata da otimização em relação às possibilidades jurídicas, enquanto que a necessidade e adequação visa à otimização das possibilidades fáticas.

Em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy afirma:

> A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei em colisão. (...) Isso significa, por sua vez, que a máxima da

---

[619] Exemplo disso é o dano cuja responsabilização é regulada pelo Código Civil, mas ao mesmo tempo encontra-se prevista no Código Penal, ou mesmo em legislação especial, como nos casos de crimes ambientais (Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998).

[620] O Código Penal brasileiro é pródigo em prever tipos penais por meio dos quais são cominadas alternativamente penas de prisão com multa, como por exemplo: omissão de socorro, maus-tratos, rixa, constrangimento ilegal, ameaça, etc.

[621] LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. In: El principio* de proporcionalidade y la interpretación constitucional. Editor: Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 283.

> proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais [622].

A lei da ponderação possui três passos ou níveis, que passam respectivamente pelo grau de descumprimento ou interferência em um princípio, a identificação da importância do cumprimento do princípio oposto e, por último, a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele.

Todavia, a doutrina expõe críticas sobre a proporcionalidade, a qual renunciaria à racionalidade, correção e objetividade. Nesse sentido, afirma Habermas [623]

Proporcionalidade em sentido estrito significa atribuir peso a determinado princípio, verificando-se a importância do cumprimento do outro, e então verificar qual deles deve ser aplicado ao caso concreto Não se trata de um preceito arbitrário, mas conectado a uma argumentação jurídica, em que se a atribui um grau à lesão a um princípio numa escala triádica (leve-média-grave), bem como à importância do cumprimento do princípio oposto, e a comparação entre os princípios em colisão, o que implica entrar em uma dimensão ética para se realizar uma atribuição racional de pesos aos objetivos conflitantes. O peso concreto de um princípio é relativo e a ponderação somente é impossível quando todas as coisas possuírem o mesmo valor.

A fórmula do peso se vale de um esquema dedutivo, com a ajuda de números, definindo o peso concreto como quociente entre a intensidade da interferência nesse princípio e a importância concreta do princípio oposto, excluindo-se, contudo, escalonamentos do tipo infinitesimal.

Lopera Mesa sugere como critérios para determinação do peso dos princípios: a hierarquia constitucional dos princípios; a prioridade dos princípios que expressam direitos fundamentais sobre os que se referem a bens coletivos; o número de garantias que cercam determinado direito fundamental (como quórum especial para alteração legislativa); a proximidade do bem ou interesse afetado com os direitos fundamentais e com o princípio da dignidade humana; o

---

[622] ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 192.

[623] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 289

reconhecimento da prioridade de um princípio sobre outro em decisões judiciais precedentes judiciais em casos análogos[624].

Para estabelecer a intensidade da norma penal, Lopera Mesa[625] sugere os seguintes critérios: o alcance da intervenção; probabilidade de que a intervenção produza efeitos; duração da intervenção; comparação da sanção com delitos de igual natureza.

O alcance da intervenção em um direito será tanto maior quanto forem restringidos os usos ou a proibição deste direito. A probabilidade de que a intervenção produza efeitos será menor no caso em que o direito fundamental seja apenas ameaçado ou potencialmente limitado pela criação legislativa. A duração da intervenção será medida pela quantidade de pena estabelecida em relação ao direito fundamental afetado. Em relação à comparação com delitos de igual natureza[626], maior será a intensidade da pena quando em outros delitos

---

[624] No *Habeas Corpus* 122694 / SP - SÃO PAULO, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da Lei 12.234/10, que alterou o Código Penal na parte da prescrição na modalidade retroativa, o que não violou o princípio da dignidade humana. *Ementa Habeas corpus. Penal. Prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena aplicada na sentença. Incidência entre a data do fato e a do recebimento da denúncia. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/10. Abolição, apenas parcial, dessa modalidade de prescrição. Exame da proporcionalidade em sentido amplo. Submissão da alteração legislativa aos testes da idoneidade (adequação), da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Constitucionalidade reconhecida. Liberdade de conformação do legislador. Inexistência de ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da humanidade da pena, da culpabilidade, da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), da isonomia (art. 5º, II, CF) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). Análise de legislação comparada em matéria de prescrição penal. Ordem denegada. 1. A Lei nº 12.234/10, ao dar nova redação ao art. 110, § 1º, do Código Penal, não aboliu a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, fundada na pena aplicada na sentença. Apenas vedou, quanto aos crimes praticados na sua vigência, seu reconhecimento entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa. 2. Essa vedação é proporcional em sentido amplo e não viola os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da humanidade da pena (art. 5º, XLVII e XLIX, CF), da culpabilidade, da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), da isonomia (art. 5º, II, CF) ou da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). 3. A Lei nº 12.234/10 se insere na liberdade de conformação do legislador, que tem legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos, desde que eles não lhe sejam vedados pela Constituição nem violem a proporcionalidade. 4. É constitucional, portanto, o art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/10. 5. Ordem de habeas corpus denegada.*

[625] LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. In: El principio* de proporcionalidade y la interpretación constitucional. Editor: Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 288.

[626] No caso do ordenamento jurídico brasileiro há um exemplo da intensidade ou desproporção com o que o legislador trata crime de mesma natureza, patrimonial. O artigo 155 do Código Penal não prevê a possibilidade de extinção da punibilidade quando o agente, espontaneamente, declare, confesse e restitua a *res furtiva*, ao contrário do crime de apropriação indébita previdenciária. Nessa situação, não só há uma desproporção do tratamento, como se verifica uma utilização indevida do Direito Penal para a arrecadação de tributos (contribuição previdenciária).

de igual natureza o tratamento for menor. Na mesma linha de raciocínio, intensidade da proibição penal deve ser medida de acordo com a lesividade da conduta proibida, ou seja, quanto maior o perigo concreto de dano ao bem jurídico protegido, maior o nível de grau de proibição penal. Além disso, sobre as condutas dolosas devem haver um grau de intensidade maior da intervenção penal, do que as condutas culposas[627].

4.3.3 Proteção exclusiva de bens jurídicos e segurança jurídica

A vocação natural e necessária do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito é a proteção de bens jurídicos. Não pode ser admitida a atualização desse ramo para outras finalidades, como cobrança de tributos[628], tolher a liberdade de expressão ou outro interesse ou valor que não se reflita em bens fundamentais para o desenvolvimento da sociedade. Nessa linha, o Direito Penal deve se apresentar, em determinado momento histórico, e de acordo com as expectativas sociais, como imprescindível para assegurar as condições de vida, paz social, levando-se em conta a dignidade da pessoa humana[629].

Vives Anton afirma que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos impede a punição de condutas inócuas, que não representem um dano ou perigo à sociedade, tratando-se do primeiro momento lógico do princípio da proporcionalidade[630].

Segundo Silva Sánchez[631], trata-se de uma exigência do Direito Penal, moderna, sua intervenção apenas para a proteção de bens jurídicos

---

[627] LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. In: El principio* de proporcionalidade y la interpretación constitucional. Editor: Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 288.

[628] No caso brasileiro tem se tornado comum a utilização do Direito Penal com finalidades diversas da proteção de bens jurídicos ou, pelo menos, com essa finalidade em último lugar. Exemplo disso são os crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdência, previstos respectivamente nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal. No primeiro caso, extingue-se a punibilidade se o autor declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à Previdência Social. No segundo caso, também se extingue a punibilidade se o autor espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores, presta as informações necessárias ao Fisco.

[629] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 84-85.

[630] VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo.* Estudios penales y criminológicos, ISSN 1137-7550, Nº. 25, 2004, pág. 428.

[631] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor S.A., 1992, p. 267.

(aqueles que o ser humano precisa para a sua livre autorrealização na vida social, incluídos aí os de natureza supraindividual), sendo consequência direta dos princípios da proporcionalidade e da fragmentariedade.

Hassemer e Muñoz Conde afirmam que a doutrina majoritária entende que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos (bens vitais, como vida, saúde, propriedade, indispensáveis para a convivência humana em sociedade) em face de possíveis lesões ou colocações em perigo. Como argumentos favoráveis, os autores apontam que essa teoria aproxima a missão do Direito Penal com a ideia de Justiça, na medida em que torna visível o comportamento merecedor de pena. Além disso, a teoria do bem jurídico ofereceria um substrato empírico vinculador do legislador ao conter a margem de liberdade deste (conferida pela Constituição) para somente penalizar as condutas que lesem ou ponham em perigo um bem jurídico[632].

Ainda como argumentos favoráveis ao bem jurídico como missão do Direito Penal, Hassemer e Muñoz apontam que esse ramo toma cores diferenciadas ao funcionar o bem jurídico dentro de um sistema que possui institutos próprios (como a classificação dos delitos na parte especial, por exemplo), ao mesmo tempo em que opera em um campo transcendente à doutrina penal, ao buscar os fundamentos da pena (campo filosófico, sociológico, criminológico etc). Por último, o legislador, já limitado em sua discricionariedade para definir o que é ou não crime, sob a ótica do bem jurídico, tem suas decisões mais claras e justas ao ter o dever de tornar proporcionais o grau da pena aplicada com o grau de lesão ou perigo de lesão que ameace o bem jurídico[633].

Prado afirma que esse pensamento é de capital importância e deve se refletir tanto na esfera legislativa quanto judicial, na medida em que não há crime sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico[634].

---

[632] HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdución a la criminologia y al Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p.100-104.
[633] HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdución a la criminologia y al Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p.104.
[634] Para o autor, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos abrange a ofensividade ou lesividade, pois o delito deve, necessariamente, pressupor lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 83-84.

Ferrajoli propõe um modelo garantista composto por axiomas, que servem de limite para o Direito Penal, dentre os quais se encontra o princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal. Referido princípio decorre do pensamento jusnaturalista (Iluminista) dos séculos XVII e XVIII, fundados em ideais políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto[635]. Beccaria já afirmava que *é preferível prevenir os delitos do que ter de puni-los; (...) pois uma boa legislação não é mais que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares (...)*[636].

Sob uma ótica utilitarista, a lei penal tem o dever de prevenir os atos que possam causar os maiores custos sociais e individuais (prevenir lesões a interesses individuais e sociais e não estados de ânimo ou condutas imorais) e, somente isso poderia justificar a aplicação de penas. Como remédio extremo que afeta a dignidade e a liberdade dos cidadãos, o Direito Penal não pode ser empregado para ações que não cheguem a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico.

Segundo Ferrajoli:

> Se o Direito Penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua "absoluta necessidade" são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo Direito Penal[637].

Verifica-se que a justificativa para o emprego do Direito Penal, ou seja, a proteção de bens jurídicos tem um fundo axiológico ou valorativo, isto porquanto a definição daquilo que é bem jurídico envolve um juízo de valor. A própria escolha daquilo que se pretende proteger é baseada em critérios valorativos, remetendo a um Direito Penal do "dever ser".

---

[635] Ferrajoli propõe os seguintes axiomas: *nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessitas sine injuria; nulla injuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine judicio; nullum judicium sine accusatione: nulla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione.* FERRAJOLI, Luigi. *Teoria do garantismo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 74-75.

[636] BECCARIA, Cesare Bonesana, Marches di, 1738-1794. *Dos delitos e das penas.* São Paulo: Martin Claret, 2014, p.94.

[637] FERRAJOLI, Luigi. *Teoria do garantismo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 373.

Silva Sánchez[638] toma como ponto de apoio para definir bem jurídico digno de proteção penal, a Constituição, seja de forma direta ou indireta, como forma de justificar a intensidade da intervenção penal. A Constituição não estabeleceria em todos os casos o mecanismo de proteção das realidades que valora positivamente. Logo, seria necessário um trabalho de concreção dos objetos penalmente protegíveis que vão inspirar o modelo de punitivo estatal.

Diante da dificuldade de definição de um critério positivo para o bem jurídico, este só ofereceria critérios negativos de deslegitimação do Direito Penal, tais como irrelevância ou o esvaziamento do bem tutelado, desproporção das penas, melhor proteção por outros ramos do Direito[639].

Ferrajoli estabelece alguns critérios para a legitimação de um Direito Penal voltado para a proteção de bens jurídicos. O primeiro é que o bem tutelado tenha maior valor do que aqueles privados pela pena. Em seguida, as proibições devem ser idôneas à tutela de bens jurídicos. Por fim, o Direito Penal deve agir de forma subsidiária de uma política extrapenal de proteção de bens jurídicos[640].

Prado, por seu turno, chama a atenção para a ofensa ao princípio da segurança jurídica diante da proliferação exacerbada de normas penais, funcionando o Direito Penal como instrumento de primeira ordem para a prevenção utilitarista. Para o autor, a segurança jurídica repele qualquer imprevisibilidade[641] ou incerteza no controle formal-legal a que se encontra submetido o cidadão[642].

Em um Estado Democrático de Direito, o poder de criação de normas penais não é um direito subjetivo do Estado, mas uma função que lhe

---

[638] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor S.A., 1992, p. 274-275.

[639] FERRAJOLI, Luigi. *Teoria do garantismo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 377.

[640] FERRAJOLI, Luigi. *Teoria do garantismo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 378-379

[641] EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO COMINADO. IMPOSSIBILIDADE. TESE CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I - A segurança jurídica penal não se revela apenas na segura descrição do tipo, mas também na previsibilidade das sanções. II - Impossibilidade de que a pena venha a ser fixada, por conta de reconhecimento de circunstância atenuante, em patamar inferior ao mínimo legal. III - Função preventiva da pena, que se encontra expressa no art. 59, *caput*, *in fine*, do Código Penal. IV - *Habeas corpus* conhecido, ordem denegada. *Habeas Corpus* número 93187, **Relator(a): Ministro Ricardo Lewandowski**

[642] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 110.

corresponde em face do pacto social traduzido na Constituição. Esta, por seu turno, limita a extensão do poder punitivo estatal, submetendo a princípios (igualdade, justiça, pluralismo político) que são valores superiores do ordenamento jurídico[643].

A Constituição brasileira enumera uma série de princípios limitadores do Direito Penal, como direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5°, entre outros[644]:

> XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
> XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;
> XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
> XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
> XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
> XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;
> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> a) privação ou restrição da liberdade;
> b) perda de bens;
> c) multa;
> d) prestação social alternativa;
> e) suspensão ou interdição de direitos;
> XLVII - não haverá penas:
> a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
> b) de caráter perpétuo;
> c) de trabalhos forçados;
> d) de banimento;
> e) cruéis;
> XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
> L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

O texto constitucional brasileiro ao impor direitos e garantias individuais em matéria penal, especifica a estrutura básica e o conteúdo deste

---

[643] CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y princípios constitucionales.* 3ª edición. Valencia: T1RANT LO BLANCH, 1999, p. 106-107.
[644] O artigo 62, §1°, letra "b", proíbe ainda a edição de medidas provisórias para matérias penais.

ramo do Direito, o que permite a tutela judicial de direitos, uma vez que a ideia principal do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos (limitação do poder político-criminal do Estado). Além disso, a liberdade do cidadão deve plasmar as ações no Estado Democrático, uma vez que o homem é a razão de existir do próprio Estado, e não o contrário.

4.3.4 Intervenção mínima e fragmentariedade

O princípio da intervenção mínima ou subsidiariedade, como visto anteriormente, é uma consequência do princípio da proporcionalidade, pois a intervenção somente ocorrerá quando for necessária, além de contar com um mínimo de eficácia[645].

Derivando do texto constitucional, o princípio da intervenção mínima representa uma vertente negativa manifesta nos processos de descriminalização e uma vertente positiva, de intervenção penal em casos relevantes (determinações constitucionais de incriminar e defesa de bens jurídicos fundamentais) [646].

O Direito Penal somente deve ser empregado quando os demais meios de controle social falharem na tutela concreta de bens jurídicos, sob pena de atribuir àquele ramo uma função meramente simbólica[647]. A ideia de um Direito Penal mínimo importa menos intervenções com o escopo de tutelar ao máximo bens jurídicos (pressupõe a existência bens jurídicos individuais ou coletivos) que assegurem a liberdade dos cidadãos. Tais bens jurídicos, para serem dignos de tutela penal devem carecer de um consenso sobre seu elevado valor (relevância constitucional) [648].

Ferrajoli[649], analisando a divergência entre normatividade e efetividade da proteção penal de bens jurídicos, quando se ignora a realidade

---

[645] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 86.
[646] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 56.
[647] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 86.
[648] CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 202-204.
[649] Para Ferrajoli, o princípio da lesividade exige que os bens jurídicos de importância fundamental em sociedade sejam objeto de proteção penal, o que é diferente da natureza normativa da proteção penal, ou seja, o comando imperativo de não se violar ou colocar em

das leis e práxis penal, aponta para a desproporção entre os valores afetados pela pena e o valor daqueles bens atacados pelo delito, o que implicaria a criação de um programa para a diminuição dos bens penais e proibições legais. Nessa linha, o autor propõe a descriminalização dos delitos de bagatela, eliminando do rol de proibições as contravenções penais e aqueles punidos com pena pecuniária. Qualitativamente, somente poderiam ser crimes aqueles que lesem ou exponham a perigo pessoas de carne e osso, eliminando-se, por exemplo, crimes contra a economia, a indústria, a personalidade do Estado. Por fim, deveriam ser excluídos como delitos aqueles que representariam meros atos preparatórios e os de perigo abstrato, onde se castigaria a mera desobediência ou violação formal da lei. Diante da expansão do Direito Penal, como principal instrumento de controle social nos dias de hoje, o princípio da lesividade ou ofensividade atuaria para minimização das proibições penais e como cláusula de tolerância da desviação, diminuição a atuação do Direito Penal a um mínimo necessário:

> A idéia do bem jurídico que se refere ao princípio da ofensividade dos crimes como condição necessária de justificação, de proibições criminais, configura-se como um limite axiológico externo (com referência a bens considerados politicamente primários) ou interno (com referência a bens) estimado, constitucionalmente protegido) do Direito Penal[650].

O bem jurídico é um instrumento técnico-penal na determinação dos pressupostos da intervenção do Direito Penal no que se refere às condutas capazes de lesar ou colocar em perigo as condições essenciais para a convivência social, possuindo assim importante função de interpretação teleológica.

Diez Ripolles defende posicionamento minoritário[651] na doutrina no sentido de que não cabe ao Direito Penal a valoração de determinadas condutas que mereceriam ser enquadradas como ilícitas, mas apenas impor pena às

---

perigo de violação um bem jurídico. FERRAJOLI, Luigi. *Teoria do garantismo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 381-383.

[650] FERRAJOLI, Luigui. *Derecho Penal mínimo y bines jurídicos fundamentales.* Revista de la Asociacion de Ciencias Penales de Costa Rica, año 4, n° 5, Marzo-Junio 1992, p. 2.

[651] Também Jiménes de Asúa defende a natureza complementar do Direito Penal, na medida em que este representa a "última diferença" no ordenamento ao proteger os bens jurídicos com uma redobrada sanção que é a pena. JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Concepto del Derecho Penal y de la historia y legislacíon penal comparada.* 4ª Edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A, 1964, p. 41.

formas mais graves de ilícito, previamente identificados por outros ramos do Direito. Para aquele autor, o Direito Penal possui natureza secundária, realizando funções valorativas transcendentes, o que coaduna com o princípio da intervenção mínima. Para tanto, o Direito Penal seleciona, com critérios próprios quais condutas são merecedoras de pena. Tais condutas (ilícitas) passam a ser integradas ao Direito Penal mediante critérios especiais e colmatadas dentro do conceito técnico-jurídico de delito, com especial significado axiológico, que permite a aplicação de institutos peculiares como a tentativa, a participação, entre outros[652].

Ferrajoli, por seu turno, formula limites à atuação do Direito Penal em forma de problemas que podem ser resumidos em: o axiológico da ofensividade de bens fundamentais; o constitucional da garantia da ofensividade penal; o dos bens jurídicos legalmente tutelados pelo Direito Penal; e o dos bens efetivamente tutelados pelo Direito Penal[653]

O primeiro dos problemas se refere à justificação externa ou ético-política das proibições penais, segundo a qual, somente serão sujeitas à tutela penal as condutas que lesem ou ponham em perigo um bem jurídico, diante de situações objetivas que se refiram a bens fundamentais da pessoa. O segundo problema coloca em questão o limite interno do ordenamento e quais são os bens a cuja tutela as leis estão vinculadas, devendo-se levar em conta os bens constitucionalmente relevantes. O terceiro problema coloca como questão se um determinado sistema tutela legalmente os bens constitucionais. Nessa linha, o autor critica a inflação legislativa penal marcada pelo aumento do número de crimes sem dano, pela incapacidade do Estado de intervir com sanções administrativas e a utilização de termos vagos e imprecisos na definição de condutas ilícitas, o que fere o princípio da legalidade estrita ou taxatividade. Por último, questiona-se se o Direito Penal efetivamente tutela bens jurídicos, ou seja, se a pena é de fato um instrumento idôneo para prevenir o delito, o que deve ser considerado cumulativamente com o grau de inefetividade das proibições (quantidade de lesões cometidas contra o bem jurídico), os custos

---

[652] DIEZ RIPOLLES, José Luis. *El bien jurídico protegido em um Derecho penal garantista.* Madrid: Revista Jueces para la democracia, n° 30, noviembre/1997, p.19.
[653] FERRAJOLI, Luigui. *Derecho Penal mínimo y bines jurídicos fundamentales.* Revista de la Asociacion de Ciencias Penales de Costa Rica, año 4, n° 5, Marzo-Junio 1992, p. 3-6.

das penas e do processo e os custos da máquina estatal para aplicação da pena[654].

Em relação à fragmentariedade, o Direito Penal somente protege determinados bens jurídicos e, mesmo assim, não contra todas as formas de ataque, mas só contra aquelas formas de agressão consideradas intoleráveis[655]. Tem-se, pois, o caráter limitado do Direito Penal que, segundo Toledo, nem todo fato ilícito reúne os elementos necessários para subsumir-se a um fato típico penal, de modo que o crime seja um ilícito em face de todo o Direito[656].

4.3.5 Adequação social

O princípio da adequação social significa que uma ação, mesmo que seja formalmente típica, não será punida se for considerada de acordo com a ordem social historicamente reconhecida[657]. Dessa forma, ações como lesões corporais causadas em lutas marciais, reter uma pessoa em um metrô ou trem contra a vontade dela até que se chegue a estação não podem ser consideradas como materialmente típicas uma vez que lutas marciais e a regularidade das linhas viárias são reconhecidas nas sociedades civilizadas.

O Direito Penal age selecionando aquelas condutas que pressupõem uma infração grave da ordem histórica da vida social, possuindo os tipos penais uma natureza social e, ao mesmo tempo, histórica[658].

Hans Welzel é considerado o autor responsável pela introdução desse princípio no Direito Penal, tendo aquele autor afirmado que o injusto penal abarca aquelas ações que estão à margem das ordens morais da vida social, de modo que as ações que se movem dentro desse marco delimitativo (ordem ético-

---

654 FERRAJOLI, Luigui. *Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales.* Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 4, n° 5, Marzo-Junio 1992, p. 3-6.
655 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 87.
656 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal.* 2.ed. ampl. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 14.
657 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição.* 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 96.
658 WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introdución a la doctrina de la acción finalista.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2004, p. 85.

social da vida social estabelecida pela história) não estão abrangidas pelos tipos de delito, mesmo que formalmente típico[659].

Welzel ainda cita como exemplo de condutas adequadas socialmente e que, portanto, não poderiam ser punidas, o sobrinho que convence o tio a viajar de trem na esperança de que ele morra em um acidente ferroviário para receber uma herança, ou da mulher que induz o marido a trabalhar numa atividade perigosa (por exemplo uma pedreira) com objetivo de que ele morra em serviço. Em ambos os casos, a atividade ferroviária e a extração de pedras são atividades reconhecidas de modo que nem se tio ou marido morressem, não haveria causalidade adequada para atribuir o resultado ao sobrinho ou à esposa[660]. Eventualmente, não se trata de condutas exemplares, mas realizadas dentro dos limites de liberdade da vida em comunidade, em um contexto-histórico social de um povo[661].

Para Toledo a adequação social é um princípio geral de hermenêutica, pois não seria possível interpretar o tipo delitivo (modelo de conduta proibida) em certas situações em que a conduta é socialmente aceita e adequada. A adequação social exclui a conduta do âmbito do comportamento proibido, considerando-a atípica. Não se trata de uma causa de justificação, pois a conduta socialmente adequada está desde o princípio excluída do tipo, pois é socialmente normal. A ação justificada é socialmente inadequada, mas não é punida, pois existe uma autorização para a realização da conduta típica (legítima

---

[659] WELZEL, Hans. *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 63.

[660] WELZEL, Hans. *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 64.

[661] O Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* número 120994 entendeu que não poderia ser considerada como adequada socialmente a comercialização de mídias falsificadas (piratas), pois ocorre violação/fragilização do bem jurídico direito autoral, importante em sociedade: .... 1. *O princípio da adequação social reclama aplicação criteriosa, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada acabe por incentivar a prática de delitos patrimoniais, fragilizando a tutela penal de bens jurídicos relevantes para vida em sociedade. 2. A violação ao direito autoral e seu impacto econômico medem-se pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a "pirataria", e não pelo montante que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal. 3. Deveras, a prática não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os expressivos prejuízos experimentados pela indústria fonográfica nacional, pelos comerciantes regularmente estabelecidos e pelo Fisco, fato ilícito que encerra a burla ao pagamento de impostos. 4. In casu, a conduta da paciente amolda-se ao tipo de injusto previsto no art. 184, §2º, do Código Penal, porquanto comercializava mercadoria pirateada (CD's e DVD's de diversos artistas, cujas obras haviam sido reproduzidas em desconformidade com a legislação)....* HC 120994 / **SP - São Paulo *Habeas Corpus* Relator(A): Ministro LUIZ FUX Julgamento: 29/04/2014.**

defesa, por exemplo)[662]. Se não houvesse um filtro por meio da adequação social, haveria uma estagnação do desenvolvimento social, na medida em que inevitavelmente diversas condutas que são hoje realizadas normalmente em sociedade seriam consideradas típicas e, por consequência, sujeitas à sanção penal. Em uma sociedade moderna, é normal que os bens jurídicos tenham participação ativa e estejam sujeitos a riscos (dentro de padrões normais aceitos pela própria sociedade). A exclusão do resultado típico é resultante de uma interpretação teleológica-restritiva dos tipos penais, em que as concepções ético-sociais influem na tutela dos bens jurídicos[663].

Welzel aponta que metodologicamente, a função da adequação social é *recortada das palavras formais dos tipos, daqueles eventos da vida que não lhes pertencem, e que desta forma o tipo é realmente uma tipificação do injusto penal*[664]. Nessa linha, o fundamento da adequação social é estabelecer os limites da liberdade de ação social.

Rueda Martin afirma que a adequação social tem como principal característica a necessidade de afetação de um bem jurídico, de modo que o legislador não considera uma ação como tipicamente relevante quando se pretende alcançar uma utilidade social.

> Por um lado, há um conjunto de casos em que a ação é empreendida com um propósito que não cumpre uma função socialmente valorizada e que visa à produção de efeitos que, no entanto, não implicam a afetação do patrimônio legal tipo penal. A característica comum desses pressupostos é que, por meio de uma interpretação literal dos tipos, deduz-se que não foi percebida nenhuma afetação do bem jurídico que pudesse ser incluída formalmente ou literalmente no resultado típico ou na ação descrita no tipo[665].

Prado chama a atenção para o fato de que a adequação social, mais do que um conceito de ordem funcional é um conceito de ordenamento valioso, pois as ações em sociedade se dão dentro de um contexto histórico, que é valorada de certa forma pela mesma sociedade. Nisso não se vislumbra um

---

[662] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal.* 2.ed. ampl. E atualizada. São Paulo: saraiva, 1986, p. 119-120.
[663] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 98.
[664] WELZEL, Hans. *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 66.
[665] RUEDA MARTIN, Maria Ángeles. *La adecuación social y el delito de detenciones ilegales.* Madrid: Revista de Derecho Penal y Criminologia, 2ª Época, número 7, 2001, p. 453-454.

desvalor do resultado penalmente típico, embora possa ocorrer um resultado desvalioso[666].

A análise da adequação social ocorre em dois níveis, segundo Prado[667]. No primeiro, é levada em conta a utilidade social da conduta, realizando uma ponderação de interesses entre uma determinada atividade social e os riscos que ela representa. Trata-se de um critério valorativo externo realizado pelo legislador que exclui o desvalor penal do resultado[668]. Em um segundo nível, há uma ponderação de interesses pelo juiz diante de uma situação de risco permitido para um bem jurídico, em que se avalia se no caso concreto existe uma causa de justificação, ou seja, se a conduta é estritamente necessária como prescreve o tipo da causa de justificação.

Por outro lado, Prado alerta que o risco permitido não deve ser confundido com adequação social, muito embora exista um traço comum entre eles, que é a ausência de um resultado típico. No caso da adequação social, o resultado típico é eliminado por conta de uma interpretação teleológico-restritiva e, no caso do risco permitido, pela ausência de dolo ou culpa para a produção do resultado.

4.3.6 Insignificância

O princípio da insignificância prescreve que não podem ser consideradas típicas as ações e ou omissões que afetem minimamente um bem jurídico penal. É baseado no aforismo romano segundo o qual não se deve incomodar o pretor com pequenas questões (*mínima non curat praeter*).

Toledo afirma que a introdução no sistema penal desse princípio por Claus Roxin teve por objetivo complementar a interpretação do princípio da

---

[666] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 98.
[667] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 99-100.
[668] Segundo Rueda Martin, *la nota en común entre la adecuación social y el riesgo permitido descansa en que no existe un desvalor de la acción, pero en el punto de referencia del desvalor del resultado encontramos una importante diferencia en la exposición efectuada por Welzel y que tiene su repercusión en la determinación del criterio de exclusión del tipo de lo injusto.* RUEDA MARTIN, María Ángeles. *La adecuación social y el delito de detenciones ilegales.* Madrid: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, número 7, 2001, p. 456.

adequação social para a determinação do injusto[669], para excluir os danos de pouca importância[670], salientando-se que nos casos de insignificância não há a valoração social implícita como ocorre na adequação social[671].

Roxin encara o princípio da insignificância como uma máxima de interpretação típica, ou seja, a solução correta *produz, em cada caso, uma interpretação restritiva orientada para o bem jurídico protegido* [672]. Trata-se de uma análise diferenciada, pois não generaliza a adequação social de modo que se evita tomar decisões seguindo mero sentimento jurídico ou se declarar como atípicos, casos que aconteçam com frequência. Nessa linha, prossegue Roxin:

> Além disso, apenas uma interpretação estritamente referindo-se ao bem jurídico e que trata do respectivo tipo (classe) de injusto deixa claro que uma parte das ações insignificantes é atípica e muitas vezes já está excluída pelo próprio teor legal, mas sim outra parte, como v.gr. Os insignificantes roubos enquadram-se indubitavelmente no tipo: a propriedade e a posse também já são violadas pelo roubo de objetos insignificantes; enquanto noutros casos o bem jurídico só é prejudicado se houver uma certa intensidade da afectação[673].

Prado chama a atenção para o fato de que o princípio da insignificância não superou a imprecisão do conceito de adequação social, pois o próprio conceito de insignificância é fluido e amplo, o que é incompatível com a segurança jurídica. Para tanto, propõe que a definição daquilo que é insignificante seria o estabelecimento de um limite mínimo (previsão de uma quantia no próprio tipo penal), para que diminuísse o arbítrio do julgador[674].

A propósito de critérios judiciais para a definição do que seria insignificância, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* número 136896[675] reconheceu a aplicação do aludido princípio ao furto de duas barras de ferro no valor de cento e sessenta reais, considerando para tanto:

---

[669] Prado afirma que as modernas teorias da imputação objetiva tratam o princípio da insignificância como instrumento de exclusão da imputação objetiva de resultados. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 103.
[670] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal.* 2.ed. ampl. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 121.
[671] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 103.
[672] ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito.* Madrid: Civitas, 1997, p. 297.
[673] ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito.* Madrid: Civitas, 1997, p. 297.
[674] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 105.
[675] Julgamento ocorrido em 13/12/17, publicado no diário da Justiça em 20/02/2017.

mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica produzida.

Para o crime de descaminho, a Corte Suprema aplica como critério para avaliar a atipicidade da conduta o valor estipulado como parâmetro para a atuação do Estado em matéria de execução fiscal (o valor do tributo devido)[676]. Mesmo nos casos de crime contra a Administração Pública, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicação da insignificância, levando em consideração o valor da coisa subtraída[677].

A reincidência por si só não é causa impeditiva para a aplicação da insignificância, aferindo-se esta de acordo com um juízo de tipicidade conglobante, mais abrangente que a expressão resultado da conduta, analisando-se o desvalor da conduta, de modo que o resultado material não desvirtue a intenção do legislador ao criar o tipo penal. Para que se chegue ao ponto de afirmar que uma conduta é atípica, embora formalmente típica, a conduta deve ser avaliada em um sentido social amplo, de modo a se apurar há ou não relevância penal[678].

4.3.7 Princípio da humanidade

A busca de uma fundamentação para o Direito Penal está no interior da mesma procura pela fundamentação do Direito como um todo, que passa por um longo percurso desde as primitivas sociedades gregárias até as sociedades individualistas tecnológicas dos dias atuais. Nas civilizações ocidentais, as duas

---

[676] Vide Agravo Regimental no *Habeas Corpus* número 134982.

[677] EMENTA: AÇÃO PENAL. Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. *Res furtiva* de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou *habeas corpus*, ser absolvido por atipicidade do comportamento. HC 112388 **/ SP - São Paulo, Relator(a): Ministro Ricardo Lewandowski.**

[678] O simples fato de que matérias como furto de chocolates (*Habeas Corpus* números 122936, 106068, 98152, Agravo Regimental no *Habeas Corpus* número 107733) chegarem ao Supremo Tribunal Federal não só demonstram uma ânsia punitivista no Estado brasileiro, como também explicitam os custos de uma justiça penal movimentada até a mais alta Corte do país com questões que nem deveriam ser objeto de denúncia pelo Ministério Público.

principais bases para o Direito são Direito natural e a dignidade da pessoa humana[679].

Originalmente, é com o Cristianismo[680] que o homem passa a ser possuidor de direitos, portanto, de dignidade[681], sendo que este ideal atinge seu maior desenvolvimento na Idade Média com Santo Tomás de Aquino, iniciando-se uma filosofia jurídica que coloca em sua base os direitos que cada homem traz consigo e evolui para o Jusracionalismoe o Iluminismo. Nesse ponto, o direito natural não é descoberto pelo homem, mas é criado pela razão humana, sendo único e imutável, porque a razão humana o é (entidade abstrata). Até o século XIX, o estudo do homem em relação à sociedade sempre considerou esta como a única válida (ora inspirada nos ideais greco-romanos ou no déspota esclarecido)[682].

Para Kant[683], a dignidade humana é o princípio segundo o qual o homem não pode ser tratado como um meio, mas com um fim distinto e externo a ele mesmo. A partir daí a dignidade humana veio a ser continuamente reforçada como fundamento para a resolução de questões jurídicas. Toda pessoa é digna porque é pessoa, ou seja, a pessoa é o suporte da dignidade, uma vez que o homem é um ser ético e social e dotado de liberdade, encarregado da construção de si mesmo, de sua realidade em convivência com outros homens[684].

---

[679] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fundamento do Direito: entre o direito natural e a dignidade da pessoa.* In: BARBAS HOMEM, Antônio Pedro. BRANDÃO, Cláudio (Orgs.). Do Direito natural aos direitos humanos. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2015. p. 15.

[680] O Novo Testamento apresenta diversas passagens desse pensamento: Romanos, capítulo 12, versículo 10: *Com amor fraternal, tenham ternos sentimentos uns pelos outros. Tomem a iniciativa em honrar uns aos outros*; Gálatas, capítulo 3, versículos 27-28: 27 *...pois todos quantos em Cristo fostes batizados, de Cristo vos revestistes. 28 Não há judeu nem grego, escravo ou livre, homem ou mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus.* Bíblia Sagrada. São Paulo: Paulus, 1990.

[681] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 77.

[682] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fundamento do Direito: entre o direito natural e a dignidade da pessoa.* In: BARBAS HOMEM, Antônio Pedro. BRANDÃO, Cláudio (Orgs.). Do Direito natural aos direitos humanos. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2015. p. 15-18.

[683] Segundo Kant, o dever de um ser humano, como um ser moral consiste no que é formal na harmonia de sua vontade com a dignidade da humanidade em sua pessoa, ou seja, o homem está proibido de despojar-se de sua prerrogativa de ser moral, não podendo agir como coisa. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes.* São Paulo: Edipro, 2003, p. 262.

[684] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fundamento do Direito: entre o direito natural e a dignidade da pessoa.* In: BARBAS HOMEM, Antônio Pedro. BRANDÃO, Cláudio (Orgs.). Do Direito natural aos direitos humanos. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2015. p. 25-27.

A Constituição da República de 1988 estabelece[685] como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, o que não pode ser um conceito meramente formal, mas que implica exigências reais em relação às instituições existentes no seio do Estado democrático de direito e em relação ao tipo de Direito Penal que visa a tutelar bens jurídicos, levando os membros do corpo social, tanto quanto possível, à sua própria realização.

Neste ponto, o legislador não pode criar tipos penais que venham a violar a dignidade humana, seja no momento da tipificação de condutas, seja nas penas impostas[686], mas deve punir aquelas condutas que lesem ou ponham em perigo de lesão esse bem jurídico[687].

4.3.8 Culpabilidade

A culpabilidade corresponde à imputação subjetiva, ou seja, a aplicação de pena àquele que não se absteve de produzir a violação de uma norma subjetiva de determinação. O grau de imputação é mais grave no caso de dolo e menos grave na imprudência, sendo que em ambos os casos a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico deve ocorrer de forma voluntária por meio de uma conduta (ação ou omissão) dolosa ou imprudente.

---

[685] Artigo 1°, inciso III.

[686] Vide artigo 5°, incisos XLVII, XLVIII e XLVIX da Constituição da República, de 1988.

[687] Ementa Recurso extraordinário. Constitucional. Penal. Processual Penal. Competência. Redução à condição análoga à de escravo. Conduta tipificada no art. 149 do Código Penal. Crime contra a organização do trabalho. Competência da Justiça Federal. Artigo 109, inciso VI, da Constituição Federal. Conhecimento e provimento do recurso. 1. O bem jurídico objeto de tutela pelo art. 149 do Código Penal vai além da liberdade individual, já que a prática da conduta em questão acaba por vilipendiar outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente como a dignidade da pessoa humana, os direitos trabalhistas e previdenciários, indistintamente considerados. (...) É dever do Estado (*lato sensu*) proteger a atividade laboral do trabalhador por meio de sua organização social e trabalhista, bem como zelar pelo respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III). (...) Recurso Extraordinário 459510. **Relator(a): Min. CEZAR PELUSO.**

Ementa *Habeas Corpus*. ...2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento. 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida. *Habeas Corpus* número 126315 **Relator(a): Ministro GILMAR MENDES.**

A contradição do comportamento com a norma (imperativo de comando que se extrai do tipo) é a antinormatividade, de modo que toda conduta típica violará a norma. A norma tem caráter supralegal, enquanto imperativo de comportamento, residindo no plano da compreensão lógica da lei, criada no plano intelectual e não pelo legislador. Mas para que haja violação da norma é preciso capacidade de entendimento (culpabilidade, que é direcionada ao autor do delito). Nessa linha, considerando-se que o bem jurídico orienta a norma penal, na medida em que aponta o valor que deve ser protegido, pode-se afirmar que a compreensão do bem jurídico tutelado depende da capacidade de entendimento do autor [688].

A aplicação do princípio da culpabilidade afasta a responsabilidade objetiva, quando o agente responde, ainda que sem liame psicológico, por ter dado causa materialmente ao resultado.

O princípio da culpabilidade exige para a imposição de pena o sujeito em infração de um dever, levando-se em conta o grau de liberdade do indivíduo, ou seja, sua capacidade de agir com consciência e vontade para a produção de uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, em graus que vão desde a plena consciência e vontade de fazê-lo até a realização de uma conduta perigosa com a esperança de que não ocorra o resultado, devendo, em todas as hipóteses, existir um mínimo de vontade e liberdade do sujeito para a imposição de pena[689].

A culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro representa ao mesmo tempo fator de graduação, fundamento e limite da pena. Inicialmente, o artigo 59 do Código Penal estabelece que o juiz fixará a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Assim, o fundamento da pena é prevenir e retribuir[690] pelo crime cometido. O Código

---

[688] BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade Penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.* 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 60-69.

[689] CABONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y princípios constitucionales.* 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 221.

[690] Neste ponto, Roxin critica a teoria da retribuição penal, pois seria cientificamente insustentável e prejudicial sob a visão politico-criminal. *Su falta de solidez científica no se deriva únicamente del hecho ya citado de que consecuencias perjudiciales para el delincuente, como la pena, no pueden fundamentarse en la hipótesis empíricamente incierta de poder actuar de un modo distinto. La teoría de la retribución no es además aceptable, porque la premisa de la que parte, que el hecho ilícito cometido por el delincuente debe ser compensado y anulado por la pena retributiva, es irracional y es incompatible con las bases teóricas de una democracia. (...)La teoría de la retribución es, además, perjudicial desde un punto de vista político-criminal. Es prácticamente imposible relacionar una teoría que ve la pena como la «imposición de un mal» con una moderna ejecución de la pena que pretenda una prevención eficaz del delito.* ROXIN,

Penal brasileiro estabelece por meio do mesmo artigo 59, conjugado com o artigo 29 que o juiz, atento à culpabilidade estabelecerá a pena na medida da culpabilidade do autor, ou seja, a culpabilidade é o limite máximo de resposta penal, além de fator de graduação da pena de acordo com as circunstâncias judiciais que serão avaliadas no caso concreto[691].

Roxin[692] afirma que a missão do Direito Penal não pode ser retribuir a culpabilidade do indivíduo, mas ressocializá-lo, dentro das exigências de prevenção geral.

Bechara toma a culpabilidade sob o prisma empírico-normativo (capacidade de auto-condução individual que permite o comportamento conforme o Direito), diferenciando-se da visão funcionalista de déficit de motivação jurídica. Não constitui a culpabilidade uma categoria abstrata (homem médio), mas leva em consideração a ideia de atribuição pessoal (função motivadora da norma -objetiva- e subjetiva- induzimento, no agente, de respeito ao bem jurídico), de modo que *a culpabilidade se subordina à motivação em relação à norma, e esta, por sua vez, depende do grau de participação valorativa do indivíduo no bem jurídico*.[693].

A Constituição da Repúblicade 1988 reconhece o princípio da culpabilidade implicitamente quando garante a individualização da pena e o respeito à dignidade humana, o que possui efeito irradiante sobre todo o sistema penal, seja no momento da elaboração das leis, quando no momento de sua aplicação pelo juiz. Segundo Bacigalupo, o traço constitucional da culpabilidade tem como tripé: a justiça como valor superior da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade[694].

Em resumo, o princípio da culpabilidade implica:

- adequação entre a quantidade de pena e grau de culpabilidade;
- exigência de uma conduta dolosa ou culposa;

Claus. *Culpabilidad y prevencion en Derecho Penal.* Madrid: Instituto editorial Reus, S.A., 1981, p. 43-44.

[691] GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 35-41.

[692] ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal.* Madrid: Instituto editorial Reus, S.A., 1981, p. 43-44.

[693] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 191-192.

[694] BACIGALUPO, Henrique. *Derecho Penal Y el Estado de Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 143.

- respeito à dignidade da pessoa humana e seu livre desenvolvimento;

- que o autor deve compreender o caráter antijurídico do fato e comportar-se de acordo com esse entendimento;

- reconhecimento de circunstâncias pessoais do agente que permitam a individualização da pena de acordo com a maior ou menor gravidade da culpabilidade.

4.3.9 Princípio da proibição do excesso

A convivência em um Estado Democrático de Direito[695] pressupõe o exercício de liberdade pelos seus cidadãos, sendo que o papel do Estado é garantir essa liberdade com o mínimo de ingerência possível. Por outra ótica, os direitos fundamentais exigem do Estado um dever de proteção, mas que esta não pode ser excessiva a ponto de inviabilizar o gozo daqueles direitos.

No que toca ao Direito Penal, é aquele instrumento estatal que implica o maior grau de ingerência, aplicando sanções que podem ser desde penas privativas de liberdade ou, em casos extremos, a pena de morte. Como toda restrição da liberdade por parte do Estado deve ser interpretada como odiosa, deve-se procurar meios para diminuir ao máximo tais restrições ou as circunstâncias em que se entende ser necessária a restrição de liberdades. Somente pode-se limitar a liberdade dos cidadãos, quando se visa tutelar a liberdade dos demais cidadãos, dentro do estritamente necessário[696].

4.4 Constitucionalidade dos tipos penais que protegem bens jurídicos de natureza coletiva

A chamada sociedade de risco, marcada pela inseguridade e pela quebra do estado bem-estar social, impôs ao homem novos e variados tipos de

---

[695] Estabelece o *caput* do artigo 5° da Constituição da República de 1988: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...* (grifo nosso)

[696] CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y princípios constitucionales.* 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 200-201.

riscos, que ampliaram os horizontes de atuação do Direito Penal, em face dos estudos sobre os bens de natureza coletiva.

A doutrina aponta que existe diferença entre bens jurídicos coletivos ou universais e os supraindividuais[697]. De acordo com Castillo Gonzáles, os primeiros têm um caráter intermediário entre os bens jurídicos individuais e os supraindividuais como a saúde pública, o meio ambiente, possuindo uma relação imediata com a segurança e a integridade das pessoas. Já os supraindividuais, fariam referência direta ou indireta a um bem jurídico individual, como a Administração da Justiça, a ordem econômica[698]. Silveira, por seu turno, chama a atenção para a questão da vítima, figura que poderia ser confundida com a figura do prejudicado. A vítima é a titular do bem jurídico ameaçado ou posto em perigo, enquanto que é aquele que se vê diretamente afetado pelo crime, sem, contudo, ser titular desse bem. Nessa esteira, nos crimes contra bens de interesse coletivo, haveria coincidência entre vítima e prejudicado na maioria dos casos[699]. Prossegue o autor afirmando que titularidade desses bens é coletiva, compartilhada por todos os cidadãos, ou uma coletividade de pessoas, de modo que a proteção penal serve a cada cidadão para seu desenvolvimento individual. Nessas hipóteses, ninguém, individualmente, teria capacidade de disposição desses bens[700].

Bustos Ramírez, no que concerne à titularidade dos bens jurídicos, os divide em microssociais e macrossociais. Os primeiros referem-se diretamente à pessoa (vida, honra, liberdade, patrimônio etc.). Os macrossociais estão a serviço dos microssociais e referem-se à configuração e funcionamento do sistema , refletindo indiretamente sobre os indivíduos.

---

[697] A Lei federal n° 8078 de 11 de setembro de 1990 criou um microssistema no que concerne a interesses coletivos da seguinte forma: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

[698] GONZÁLES, Francisco Catillo. *El bien jurídico penalmente protegido.* San José da Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008, p. 75-76.

[699] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos.* São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 30.

[700] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos.* São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 18.

Os bens jurídicos macrossociais dividem-se em coletivos, institucionais e de controle:

> em primeiro lugar, existem os bens jurídicos coletivos, porque eles têm a característica de cobrir ao mesmo tempo as necessidades básicas de funcionamento do sistema para o coletivo e cada um de seus membros, daí sua característica difusa ou difundida (saúde pública, segurança pública, meio ambiente, socioeconômico). Os bens jurídicos institucionais são aqueles em que as necessidades de relacionamentos pessoais geraram certas formas de relacionamento institucionalizado (fé pública, jurisdição, função pública). Finalmente, os ativos de controle legal são aqueles necessários para manter o controle do sistema[701].

Os bens jurídicos coletivos passam a ser definidos a partir de um caráter macrossocial, ou seja, pela ideia de funcionamento do sistema, criando bases e condições para o desenvolvimento das relações individuais[702]. Há, pois, uma dependência recíproca entre bens jurídicos individuais e coletivos, ou uma relação de complementariedade.

Digna de nota é a lição de Mata y Matin[703] sobre os chamados bens jurídicos intermediários ou de referência individual, estabelecendo para tanto alguns traços. Inicialmente, são bens que excedem interesses puramente particulares, não sendo simplesmente um *tertio genus* entre bens individuais e coletivos, mas estão mais próximos destes últimos. Entretanto, embora se apresente como um bem de natureza suprapessoal, há uma vinculação a um bem de natureza pessoal (incorporando uma proibição típica de perigo para bens de natureza pessoal). Dessa forma, em situações como a venda de medicamentos deteriorados, coloca em risco a saúde coletiva, levando-se em consideração, no caso concreto, o risco à vida das pessoas[704].

---

[701] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*.Tercera edición, ampliada y corregida. Bogotá-Colombia: Editorial Themis S.A., 2005, p. 36.

[702] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos.* São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 62.

[703] MATA Y MARTIN, Ricardo M.. *Bienes jurídicos intermédios y delitos de peligro.* Granada: Editorial Comares, 1997, p. 21 e seguintes.

[704] Segundo Mata y Martin, os bens intermediários pertencem aos interesses da comunidade, pois.... *los bienes de la comunidad presentan una mayor relación con bienes individuales, mientras que los delitos contra el Estado no existe conexión con concretos bienes jurídicos individuales o estos permanecen muy lejanos (ello con independencia de las consideraciones generales en el sentido de que el menoscabo de los intereses del Estado también representará una lesión más o menos lejana de intereses materiales particulares, que, sin embargo, no son tomados en cuenta en la concreta tipificación del comportamento.* MATA Y MARTIN, Ricardo M.. *Bienes jurídicos intermédios y delitos de peligro.* Granada: Editorial Comares, 1997, p. 26.

A proteção penal dos chamados bens jurídicos intermediários resulta de uma decisão legislativa, mediante a criação de tipos penais que pressuponham ataques a bens universais, com independência dos prejuízos que possam ser causados a bens particulares, muitas vezes adaptando a novas situações, os tipos penais já existentes. Tem-se que a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico intermediário conta com uma pluralidade de vítimas (crimes de perigo comum).

Outro dado caracterizador dos bens jurídicos intermediários (que pertencem tanto à esfera comunitária, quanto à pessoal) é que o ataque deva afetar de forma homogênea tanto o interesse geral quanto o particular, como por exemplo, no caso brasileiro, o crime de dirigir sob influência de álcool ou substância de efeitos análogos, em que se coloca em perigo não só a segurança viária, como também a integridade das pessoas. Com efeito, o bem jurídico de natureza intermediária representa uma relação de complementariedade entre o bem jurídico coletivo e o particular na medida em que amplia o leque de comportamentos que vão ser abrangidos pelo Direito Penal, pois a ação delituosa está na mesma linha de ataque de um bem jurídico coletivo e individual simultaneamente. O ataque a um bem jurídico coletivo é um meio para o ataque ao bem jurídico individual:

> Normalmente, o escopo do crime cobrirá o espaço localizado além do comprometimento exclusivo do bem coletivo que está em um momento anterior e toda a área localizada antes do ferimento ou perigo exclusivamente do jurídico individual, comportamento para o qual o legislador prevê um regulamento específico[705].

A ideia de proteção de bens jurídicos de natureza coletiva contrasta aparentemente com a noção clássica do Direito Penal marcado historicamente pela previsão de condutas que lesem ou coloquem em perigo de lesão bens essencialmente individuais.

O bem jurídico tem-se apresentado como um instrumento de determinação dos pressupostos essenciais para a convivência social, pois é o norte para a definição democrática de um Direito Penal voltado para a proteção daqueles bens e valores essenciais para o desenvolvimento em sociedade. Logo, seriam rechaçadas as intervenções penais sobre ações que não

---

[705] MATA Y MARTIN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermédios y delitos de peligro.* Granada: Editorial Comares, 1997, p. 32.

colocassem em destaque a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, como aquelas que remetam a mera transcendência moral ou cujo efeito negativo social não seja capaz de individualizar[706].

Além da impossibilidade de individualizar o dano, são apontadas como críticas à tutela penal de bens jurídicos coletivos, o caráter vago de algumas formulações e a utilização pelo legislador de figuras simbólicas para a modificação da realidade social.

O bem jurídico possui um componente ideal (juízo de valor positivo sobre uma situação ou relação da realidade social), que sofre um processo de abstração ou generalização que, em primeiro momento os desvincularia de suas formas concretas de manifestação (unidades socialmente determinadas que podem ser lesadas do ponto de vista empírico – alteração da realidade natural).

Com efeito, Ripolles[707] defende a ideia de bens jurídicos coletivos (difusos ou universais), pois o Estado democrático tem o dever de garantir a convivência pacífica entre seus cidadãos por meio de determinados pressupostos materiais. O fato de as sociedades atuais serem consideradas do risco, impõe a criação de estruturas ajustadas às necessidades de uma sociedade democrática, muito embora as definições pouco precisas dos bens jurídicos coletivos possam a levar a um expansionismo do sistema de controle penal, menos atrelados à noção clássica (individualista) de bem jurídico. Para solucionar esse empasse, inicialmente a descrição dos bens jurídicos coletivos deve ser compatível com a realidade social merecedora de proteção penal. Em segundo lugar, deve ser elaborado um conceito material de dano que siga as exigências dogmáticas do Direito Penal, sob pena de este ramo se tornar um fenômeno histórico[708]. Conforme já expresso em linhas anteriores, autores como Ferrajoli[709] defendem que o Direito Penal somente deve atuar para proteger bens que afetem diretamente pessoas de carne e osso.

---

[706] DIEZ RIPOLLES, José Luis. *El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista.* Madrid: Revista Jueces para la democracia, n° 30, noviembre/1997, p.17.
[707] DIEZ RIPOLLES, José Luis. *El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista.* Madrid: Revista Jueces para la democracia, n° 30, noviembre/1997, p.18-19.
[708] ROXIN, Claus. *Dependencia e independência del Derecho Penal con respecto a la política, la filosofia, la moral y la religión.* Anuario de Derecho Penal y Ciências Penales, 2006, p. 06.
[709] FERRAJOLI, Luigi. *Teoria do garantismo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 381-383.

Corcoy BIdasolo encontra-se na esteira de uma conciliação entre a limitação do *jus puniendi* do Estado (modelo liberal) e a necessidade de proteção de interesses não essencialmente individuais (modelo social que admite a intervenção do Estado na sociedade). Para esse autor, surge um "novo Direito Penal, que diante da chamada sociedade de risco, volta seu olhar para a proteção de bens jurídicos supraindividuais, valendo-se do uso de crimes de perigo[710].

Para Corcoy Bidasolo,

> No entanto, em relação ao conceito de perigo, deve-se antecipar que a capacidade de colocar em perigo o bem jurídico supraindividual protegido em um certo "crime de perigo", em muitos desses crimes, tem uma relação mediata com um aparente situação de perigo ex-objetivo para os bens jurídico-criminais individuais. Portanto, na determinação do grau de perigo, como a probabilidade de lesão, deve-se também levar em conta sua relação com os bens jurídicos e, a partir daí, na ponderação dos interesses que surgem no julgamento. de perigo a referência será sempre o bem jurídico penal supraindividual protegido naquele delito[711].

Nota-se que a determinação do perigo ao bem jurídico de natureza supra individual não é uma suposição ou abstração, mas leva em consideração o grau de perigo em que são colocados os bens jurídicos individuais, de modo que a tipificação dos delitos se limita às situações em que concorre um perigo especialmente grave.

Salienta-se, por fim, que mesmo havendo a necessidade de proteção de bens jurídicos de natureza coletiva, o Direito Penal de forma restrita, para que não ultrapasse a função meramente simbólica da norma, temcomo ponto fundamental a proteção da dignidade humana.

4.5 Constitucionalidade dos tipos penais de perigo abstrato

Genericamente, o perigo é a possibilidade de geração de um dano, o que pode ser interpretado segundo duas teorias: uma subjetiva e outra objetiva.

---

[710] Como se verá mais adiante, Silveira questiona a eficácia dessa utilização. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos.* São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 18.

[711] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpret acion de tipos penales clásicos.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 44-45.

Rocco[712] aponta que de acordo a teoria subjetiva, o perigo é uma representação da mente humana e não algo objetivamente existente, não um fato, mas uma abstração subjetiva. Para a teoria objetiva, o concurso de certas condições não implica, nem exclui a realização de terminado fenômeno, o qual se considera objetivamente possível, ou seja, uma situação de fato que contém as condições de um efeito danoso. Trata-se de um estado de coisas geralmente indicado que representa um resultado de dano com grande possibilidade[713].

Entretanto, a doutrina diverge sobre se é necessário para a configuração do delito uma situação de possibilidade ou de probabilidade Silva afirma que a corrente majoritária defende ser necessária a probabilidade, a qual se situa em um nível mais intenso que a possibilidade, *configurando uma situação de real potencialidade para a ocorrência do evento, excluindo a eventualidade. Abrange o provável, enquanto a mera possibilidade admite também o improvável*[714].

Silva conceitua os crimes de perigo abstrato ou presumido como aqueles cujo perigo é ínsito na conduta, mesmo não sendo elemento do tipo, o perigo está inserido na própria conduta[715].

A técnica de proteção de bens jurídicos por meio dos chamados crimes de perigo é uma consequência deste Direito Penal voltado para a tutela de novos interesses (coletivos) em uma sociedade do risco, o que é alvo de grandes discussões para definir os limites do *jus puniendi* em face de situações abstratas[716].

---

[712] ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2001, p. 299.
[713] ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2001, p. 303.
[714] SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição.* São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2003, p. 54.
[715] SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição.* São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2003, p. 72-73.
[716] **Ementa :** Recurso extraordinário. Constitucional. Direito Penal. Contravenção penal. 2. Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (artigo 25 do Decreto-Lei n. 3.688/1941). Réu condenado em definitivo por diversos crimes de furto. Alegação de que o tipo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal, de 1988. Arguição de ofensa aos princípios da isonomia e da presunção de inocência. 3. Aplicação da sistemática da repercussão geral – tema 113, por maioria de votos em 24.10.2008, rel. Ministro Cezar Peluso. 4. Ocorrência da prescrição intercorrente da pretensão punitiva antes da redistribuição do processo a esta relatoria. Superação da prescrição para exame da recepção do tipo contravencional pela Constituição Federal antes do reconhecimento da extinção da punibilidade, por ser mais benéfico ao recorrente. 5. Possibilidade do exercício de fiscalização da constitucionalidade das leis em matéria penal. Infração penal de perigo abstrato à luz do princípio da proporcionalidade. 6. Reconhecimento de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia,

A simples colocação em perigo (abstrato) de um bem jurídico vem sendo reconhecida pela doutrina, como por exemplo Roxin:

> A vinculação do direito penal à proteção dos bens jurídicos não exige que haja apenas punibilidade em caso de lesão de bens jurídicos. A ameaça de bens jurídicos é suficiente, que em crimes de perigo (...) abstratos (por exemplo, § 316: dirigir sob a influência de bebidas) protegidos interesses legais (aqui: vida, integridade corporal, valores patrimonial) não são mencionados de todo no tipo, mas são apenas a razão para a criação do preceito criminal. Da mesma forma, a punibilidade da tentativa - na definição não ocorre a lesão do objeto da ação - não está em contradição com a teoria da proteção dos bens jurídicos. Isso não requer, como orçamento punitivo, nada mais que o fato de que uma ação é dirigida por sua tendência objetiva ou subjetiva à lesão de um bem jurídico[717].

Como já mencionado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* número 104410 entendeu que é constitucional a tipificação do perigo abstrato por parte do legislador que se baseia em dados empíricos para selecionar condutas que normalmente levam consigo um perigo ao bem jurídico[718].

Nessa linha, Silva[719] sustenta que a Constituição possui diversos valores informadores de um catálogo de bens jurídicos, que impõe ao Estado um dever de interpretação e concretização. Para tanto, a tipificação de tipos de perigo abstrato deve levar em consideração os princípios da lesividade (proteção de bens de lesões ou exposições a perigo), proporcionalidade (verificando de acordo com as regras de experiência a necessidade, a idoneidade e a proporcionalidade em sentido estrito a incriminação como meio para a tutela do bem), a intervenção mínima (caráter subsidiário do Direito Penal) e a culpabilidade.

Acrescenta González[720] que a constitucionalidade do delito de perigo abstrato depende de sua referência a um bem jurídico individual, tipificando

---

previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal. Não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 pela Constituição Federal, de 1988. 7. Recurso extraordinário conhecido e provido para absolver o recorrente nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. RE 583523 / **RS - Rio Grande Do Sul Recurso Extraordinário Relator(a): Ministro Gilmar Mendes.**

[717] ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito.* Madrid: Civitas, 1997, p. 60.

[718] Vide nota de rodapé número 52.

[719] SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 148-150.

[720] GONZÁLES, Francisco Catillo. *El bien jurídico penalmente protegido.* San José da Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008, p. 79-82.

condutas consideradas desvaliosas pelo legislador, posto que tais delitos (de perigo abstrato) não preveem um desvalor do resultado. Posição diferente conduziria à mera desobediência à vontade do Estado, o que levaria à inconstitucionalidade do tipo. Também não se exige uma relação subjetiva entre o autor da ação (dolosa ou culposa) e a lesão do bem jurídico. O dolo e a culpa devem ser avaliados em razão do desvalor da conduta e não do resultado, de modo que a conduta não será típica se o autor tomar todas as medidas de cautela ou segurança para evitar o perigo aos bens alheios.

CAPÍTULO V

A CRISE DO BEM JURÍDICO E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

5.1 O bem jurídico em crise

A crise do bem jurídico pode ser resumida no seguinte: perda da confiança de que o bem jurídico seja um critério adequado para identificar quais interesses devem ser dignos da tutela penal, limitando assim o uso do Direito Penal. Essa crise tem por consequência a busca de outros critérios para identificação dos interesses que serão defendidos pelo Direito Penal, mas também na deslegitimação e está intimamente ligada à deslegitimação desse ramo do Direito.

Ao ameaçar com penas uma determinada conduta, o Direito Penal visa à confirmação da validez da norma, mas essa confirmação não esclarece qual é o conteúdo material da norma. Em verdade, o conceito material de delito depende dos fins que o Direito Penal persegue[721].

O uso desmesurado do Direito Penal[722] para a solução dos mais diversos problemas contemporâneos, muito acima de sua capacidade de reação aos fenômenos sociais, coloca em dúvida sua credibilidade como instrumento estatal de proteção e garantia de bens jurídicos. A teoria do bem jurídico enfrenta descrédito na atualidade em face das demandas sociais por novas incriminações, bem como em face da incriminação de certas condutas que não seriam perigosas por si mesmas, de modo que no plano do ser, há um questionamento sobre o conteúdo material do bem jurídico[723].

De fato, a criação de bens despersonalizados e abstratos teria como reflexos sobre a teoria do bem jurídico penal: confusão entre bem jurídico e

---

[721]ALCÁCER GUIRAO, Rafael.*¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Barcelona: Atelier, 2003, p. 21.

[722] Badaró afirma que a utilização do Direito Penal para prevenir danos futuros provocou a ampliação do catálogo de bens jurídicos, abrangendo bens vagos e indefinidos, desprovidos de substrato material e desvinculados da realidade social concreta. BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico penal supraindividual.* Belo Horizonte: D´Plácido, 2017, p. 110.

[723] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 22-23.

função estatal; equiparação do bem jurídico com a *ratio legis;* substituição da ideia de bem jurídico pela norma[724].

Sales chama a atenção para a irracionalidade na codificação de crimes e na aplicação do sistema penal, em que o número de fatos puníveis previstos na legislação extravagante é maior do que aqueles contidos no Código Penal. Como efeitos, tem-se a estigmatização e o baixo índice de punição: são penas aplicadas por um Estado inadimplente e sem sentido, em uma situação social e de experiência humana unilateralmente considerada[725].

Surgem, assim, os questionamentos acerca de que bases são aquelas sobre as quais se funda o poder punitivo estatal e quais são realmente as finalidades deste para que se possa legitimar o uso da pena em face dos delitos cometidos.

Conforme aponta Guirao, a ideia de substituir a noção de bem jurídico como fonte material do delito pela vigência da norma, não é uma novidade surgida com o funcionalismo de Jakobs. De fato, na década de 1930, na Alemanha, já se pregava o conceito de delito como infração de dever[726]. Dahm e Schaffstein questionam o individualismo e o racionalismo liberais que tomaram conta da Alemanha após a I Grande Guerra, apontam como alvo da proteção do Direito Penal o sadio sentimento do povo alemão:

> O primeiro desses parágrafos, tinha a seguinte redacção: "Ele será punido quem cometer um punível declarado em lei ou punível segundo o conceito fundamental do direito penal ou sob o sentimento saudável da ação de pessoas se o ato não- tinha diretamente. previsto por lei, será punido de acordo com o preceito legal ao qual foi mais adaptável. Para esta reforma foi banido da lei alemã do Terceiro Reich, o princípio nullum crimen sine lege, introduzir amplamente a analogia na sua aplicação, sob a idéia de que também proibir qualquer direito, pois isso também está no direito e no sentimento saudável das pessoas. Essa concepção pressupõe que a lei é algo diferente daquelas duas fontes de conhecimento. Em si, é algo vivo, que está por trás da lei e do sentimento saudável das pessoas, e que encontra nelas apenas sua expressão conceitual.
> (...)
> Este sentimento tem, em sua opinião, uma dupla função: a do controle e a da criação da lei. Mais tarde, ele retoma o argumento que muitas vezes foi avançado pelos oponentes do princípio, que é uma tarefa difícil para o juiz discernir o sentimento popular saudável. E se opõe, que numerosas decisões da Suprema Corte provam o contrário. Em

---

[724] BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico penal supraindividual.* Belo Horizonte: D´Plácido, 2017, p. 110-111.
[725] SALES, Sheila Jorge Selim de. *Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico.* Revista dos Tribunais n° 848, junho de 2006, p. 417.
[726]ALCÁCER GUIRAO, Rafael.*¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Barcelona: Atelier, 2003, p. 21.

> sua opinião, o sentimento popular saudável é baseado na moral; exige, em certos casos, que a ideia fundamental da lei seja aplicada, ainda que certas razões de natureza "formalista" se lhe oponham. Nos casos em que o sentimento saudável do povo não é facilmente reconhecível, o juiz deve: a) usar-se para capturar seu próprio treinamento, eb) examinar precedentes históricos. Consideremos, finalmente, que é sempre necessário evitar um grave perigo: o estabelecimento de regras e regras fixas sobre o sentimento saudável das pessoas, das quais elas apenas se afastariam da realidade[727].

Outro penalista do período do nacional-Socialismo, Gallas, afirma que *O crime é o injusto não apenas como uma lesão à propriedade ou interesses legais, mas também, e em primeiro lugar, como "injúria ao dever" e "expressão de caráter" (Gesinnungsausdruck[728]).*

Segundo Guirao, o que está na base ideológica desse pensamento contrário ao bem jurídico é o comunitarismo de Hegel[729], em que o essencial não é o interesse do indivíduo, mas o todo social, o Estado e a comunidade, de modo que a moral coletiva promove a fusão entre Direito e moral. Considerando que o bem jurídico representa um critério de natureza liberal, a existência de múltiplas concepções doutrinárias, tornam o bem jurídico compatível com qualquer opção ideológica. Outra crítica feita à teoria do bem jurídico é a sua espiritualização, ou seja, caracterizar o bem jurídico como um valor abstrato e não como uma realidade fática, social ou institucional[730].

Hirsch afirma que o aumento do âmbito de proteção do Direito Penal, como no caso do meio ambiente, promoveria o distanciamento da compreensão típica do bem jurídico, o qual é orientado a bens merecedores de proteção claramente delimitados (vida, propriedade etc), com um enfoque antropocêntrico. Tratar-se-ia de uma orientação reducionista, de modo que os bens jurídicos nela não enquadrados seriam incompatíveis com o conceito de bem jurídico. Por outro lado, esse autor não se fecha à existência de outros bens jurídicos (de natureza coletiva), mas questiona a falta de precisão para

---

[727] DAHM, Georg. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *¿Derecho penal liberal o Derecho penal autoritario?* Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 118-120.

[728] GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delito em su momento atual.* Barcelona: Boch, 1959, p. 10.

[729] *...el delito debe negarse no como la producción de un mal, sino como la vulneración del Derecho como Derecho, y luego, cuál es la existencia que tiene el delito, y qué se debe anular... el delito no es ya solamente una ofensa a un infinta subjetivo, sino tam bien a lo universal que tiene una existencia en si estable y firme.* HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofia del Derecho.* Quinta edición. Buenos Aires: Claridad, 1968, p. 108 e 192-193.

[730] ALCÁCER GUIRAO, Rafael.*¿ Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Bacelona: Atelier, 2003, p. 48.

delimitação desses novos bens. Para tanto, o dano a esses bens coletivos deve ser mensurável[731].

Segundo Jescheck, existem duas ideias básicas sobre o sentido da pena: retribuição (fundada na culpabilidade do indivíduo) e prevenção (baseada na perigosidade da personalidade do criminoso). Dessa forma, a pena ou se dirige a um fato passado (delito cometido), impondo um mal ao autor do crime (pena) como forma de reparação da infração cometida (*malum passionis propter malum actionis*), ou se volta para o futuro, intervindo sobre o delinquente e sobre a comunidade com o objetivo de se evitar futuros crimes com a imposição da pena que aqui é um mal necessário (*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*)[732].

A imposição da pena como uma forma de retribuição se baseia em três pressupostos: - superioridade moral da comunidade sobre o delinquente; - graduação da culpabilidade do delinquente; - que haja concordância entre a culpabilidade do agente e a pena aplicada, de modo que a comunidade e o agente sintam como merecida a pena. *A expiação é uma contribuição pessoal e moral do condenado que confirma a necessidade de punição e faz com que você recupere sua própria liberdade moral* [733].

Já a ideia de prevenção leva em conta a disposição criminosa latente do indivíduo em sociedade, de modo que a pena é forma de promover a ressocialização do sujeito e um meio para se prevenir futuros delitos, sendo que delito não é a causa, mas o motivo do castigo[734].

A ideia de prevenção possui três pressupostos: - possibilidade de poder realizar um prognóstico do comportamento humano no futuro; - que a pena se adeque à perigosidade do indivíduo para se alcançar um possível resultado preventivo; - que a tendência criminosa do indivíduo seja combatida com os elementos da pena (intimidação, correção e segurança) e com o trabalho sociopedagógico ocorrido durante a execução da pena. Além disso, as pautas

---

[731] HIRSCH, Hans Joachim. *El Derecho Penal y Procesal Penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidade.* In: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal. Obras completas. Libro homenaje. Tomo II.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p. 65.
[732] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal.* Volumen primero. Barcelona: Bosch Casa editorial, 1981, p. 92.
[733] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal.* Volumen primero. Barcelona: Bosch Casa editorial, 1981, p. 93.
[734] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal.* Volumen primero. Barcelona: Bosch Casa editorial, 1981, p. 93.

reitoras que vigem em sociedade e que serão impostas ao condenado devem ter um valor moral, de modo que a ressocialização seja mais do que coação e obediência externa[735].

Por outro lado, Silva Sánchez chama a atenção para o fato de que a legitimação do Direito Penal não pode se circunscrever às teorias da pena, mas deve levar em conta categorias dogmáticas e do próprio sistema da teoria do delito, em que se tenha em mira a redução do grau de violência em sociedade, por meio de funções do garantismo penal, com observância dos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade, proibição de intervenções desumanas[736].

Quando se questiona o fundamento moderno de um Direito Penal preventivo que leve em consideração os direitos fundamentais do homem, surgem basicamente duas respostas: um Direito Penal baseado na prevenção geral é injusto por ferir a liberdade humana ou esse Direito Penal serve à sociedade atual, na medida em que se justifica a proteção da liberdade das pessoas contra atos dolosos e violentos:

> A solução dos séculos XIX e XX, para substanciar essa legitimidade através do processo de desenvolvimento do direito positivo, só pode ser uma solução emergencial. Até que uma solução melhor seja encontrada, nós teremos que nos conformar com a velha interpretação da FEUERBACH, que diz que os direitos básicos da pessoa são protegidos, nesta área - no caso de alguém ser orientado para prevenção geral -, através de um direito positivo originado ordenadamente sob a ameaça de sanção. Para não se contentar demais com essa interpretação, ela deve ser considerada como uma ficção[737].

Dessa maneira, haveria duas formas de Direito Penal em termos de qualidade de sua legitimação: um, cuja punição de fatos é considerada duvidosa no que tange à finalidade e aos efeitos preventivos; e outro cuja finalidade da

---

[735] *Cuando el resultado de la prevención incide en la totalidad de los ciudadanos, se habla de prevención general. A través de la conminación penal contenida en la ley y de la condena del culpable, que demuestra que el Estado pretende aplicar en serio la amenaza penal, debe impedirse la legitimación del delito y conseguirse esa aversión moral hacia él que por sí misma se hace sentir y que en gran medida ayuda a mantener dentro de ciertos límites la criminalidad latente en la generalidad.* (...) *Mientras que la prevención general aspira a prevenir el delito en la comunidad, la prevención especial o individual se dirige al condenado mismo, que, a través de la lección que recibe con la pena, debe ser apartado de futuros y erros y educado para que se adapte a las ideas sociales dominantes en la comunidad.* JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal.* Volumen primero. Barcelona: Bosch Casa editorial, 1981, p. 94-95.

[736] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 180-182.

[737] NAUCKE, Wofgang. *Prevención general y derechos fundamentales de la persona*. In: Principales problemas de la prevención general. NAUCKE, Wolfgang. HASSEMER, Winfried. LÜDERSSEN, Klaus. Montevidéo-Buenos Aires: IB de F, 2004, p. 44.

pena se baseia nas necessidades passageiras das pessoas, cujas penas são caracterizadas a partir da finalidade e dos efeitos preventivos, sob uma ótica politicamente inevitável[738].

O Direito Penal é um dentre vários instrumentos de controle social e a pena uma das formas de privação de direitos reconhecida através de meios coativos exercidos por instituições oficiais, visando a proteção social contra danos maiores. Com isso, surge a necessidade de se investigar aquilo que é considerado digno de proteção e aquilo que pode ser sacrificado em nome dessa proteção, levando-se em conta critérios racionais de proporcionalidade. Por outro lado, *É uma hipocrisia frívola proclamar que o luto é um meio necessário para prevenir grandes males sociais e, ao mesmo tempo, fechar nossos olhos a possíveis manifestações em contrário*[739].

Um desses males maiores seria a diminuição da autonomia de quem sofre a pena, sendo que diante dos efeitos da ameaça da pena e de sua aplicação, deve-se levar em conta: que o dano a ser prevenido pela pena seja maior do que aquele por ela causado; - que a pena seja efetiva para evitar danos; - a pena deve corresponder a um dano social mínimo[740].

O Direito Penal moderno influenciado pelos princípios da Revolução Francesa tem como preocupação a proteção social, sendo que:

> A redução do potencial repressivo, do dano social produzido pelo sistema penal, da violência inerente a ele, mantendo no entanto os níveis de proteção (isto é, de adequação para controlar em medida razoável os fenômenos de agressão e reação informal - vingança -), constitui o desafio contínuo de uma lei criminal construída a partir de perspectivas genuinamente liberais, e formal e materialmente garantistas[741].

De fato, o que se deve buscar em sociedade é um ponto de equilíbrio entre as tensões existentes entre os interesses particulares e a intervenção do Estado. Em outras palavras, o Estado deve agir para limitar os abusos de particulares empregando os meios menos gravosos, e quando o fizer por meio

---

[738] NAUCKE, Wofgang. *Prevención general y derechos fundamentales de la persona*. In: Principales problemas de la prevención general. NAUCKE, Wolfgang. HASSEMER, Winfried. LÜDERSSEN, Klaus. Montevidéo-Buenos Aires: IB de F, 2004, p. 42-43.

[739] SANTIAGO NINO, Carlos. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito.* Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 213.

[740] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 183.

[741] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 153.

do Direito Penal, que sejam observadas as garantias formais e materiais daquele que for sofrer a pena. Ao mesmo tempo, o Estado deve renunciar ao Direito Penal tanto quanto lhe seja possível para atingir a proteção de bens jurídicos. Trata-se de uma relação dialética entre eliminar a violência social extrapenal e a própria violência do sistema penal. O Direito Penal não cuida de uma completa proteção de bens jurídicos, mas de um complexo relacionamento entre a proteção da vítima, do interesse do criminoso em relação à sua liberdade e o interesse da comunidade na prevenção e na segurança jurídica[742].

De fato, o Direito Penal se assentaria em duas bases de princípios contrários, mas que não podem ser excludentes: uma utilitarista e outra que se baseia em uma ordem de valores, que devem se equilibrar para garantir um grau ótimo de contribuição para a ordem social, dentro de bases de legitimidade[743] democrática (finalidade garantística)[744]. Essas bases, em permanente choque promovem a evolução dos conceitos dogmáticos do sistema penal e de uma política criminal que revela ser a expressão do estado de equilíbrio entre as finalidades básicas do sistema penal em determinado momento histórico.

5.1.1 Crítica à função do bem jurídico como limitador da função punitiva estatal

A excessiva demanda por segurança na chamada sociedade do risco tem implicado na perda de densidade do bem jurídico, o qual não estaria mais desempenhando o papel de limitador da função punitiva estatal.

Robles Planas[745] entende que é escassa a capacidade de rendimento do bem jurídico para realizar afirmações sobre o limite de proibições e mandatos, por causa da sua alta dose de circularidade conceitual (desconhecimento de sua

---

[742] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 185-188.

[743] *A "legitimidade" de um sistema penal traz como consequência a sua "efetividade", isto é, a real eficácia operativa de uma das inarredádeis tarefas que a ele compete cumprir: prevenção geral e especial.* SALES, Sheila Jorge Selim de. *Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico.* Revista dos Tribunais n° 848, junho de 2006, p. 418.

[744] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 188-189.

[745] ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estúdios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial I B de F, 2014, p. 33-34.

origem, conteúdo e extensão). Para ele, o discurso tradicional dos bens jurídicos obriga a argumentar sobre os grandes territórios que podem ou não ingressar no campo de operações do Direito Penal, de modo que a teoria do bem jurídico não tem como fazer afirmações sobre si, tendo em vista os diversos interesses em conflito em cada um dos territórios. O bem jurídico serviria somente como primeiro material bruto para a discussão em torno da legitimidade das proibições. Sua principal virtude é classificatória: serviria como mero catalizador da discussão em torno de determinado interesse e deveria ser livre de proibição ou não, caso exista lesão ao bem jurídico.

A partir da ideia de que o fim último do Estado é a proteção da autonomia jurídica de todos os indivíduos, haveria uma limitação material do conceito de delito a ações lesivas interpessoais que impliquem na perda da autonomia individual. A autonomia não reside em colecionar direito de exclusão, mas na liberdade de utilizar com liberdade direitos de que seja titular; é a dimensão da autonomia como utilidade; não se lesiona bens jurídicos, mas normas que garantam a produção e manutenção da autonomia. As outras dimensões são a segurança e o bem-estar[746].

Dessa forma, Robles Planas[747] propõe que frente aos ataques à autonomia como garantia, caberia aplicar a lógica da legítima defesa; em relação à autonomia como utilidade (insegurança para bens/perigo abstrato), cabe a lógica do estado de necessidade defensivo; diante da autonomia em sua dimensão institucional, cujo paradigma é o dever de solidariedade cabe aplicar a lógica do estado de necessidade agressivo. À medida que as condições institucionais de produção e manutenção da liberdade são objeto legítimo de proteção jurídica, também serão legítimas aquelas normas que se referem a condutas desleais para com aquelas instituições; proibir ações que menosprezam bens e liberdade juridicamente garantidos (há exceções, como no caso do princípio da insignificância, em que o bem ou o ataque não lesam, ou no caso de adequação social). No caso de estado de necessidade defensivo, precisa-se do estabelecimento de normas que evitem que cidadãos criem

---

[746] ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial I B de F, 2014, p. 36-39.
[747] ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial I B de F, 2014, p. 43 e seguintes.

perigos que tornem incertos os direitos dos demais. A proibição não será legítima quando a liberdade proibida seja claramente de maior peso que a liberdade ganha.

Outra crítica formulada por Robles Planas[748] é que ancorar a lógica da antijuridicidade ou merecimento de pena à lesão de bens jurídicos é algo problemático, pois não é a lesão que leva à caracterização da antijuridicidade, mas o fato de que a conduta é gravemente discrepante de uma ordem geral de conduta preestabelecida juridicamente.

Fundado em uma teoria funcionalista, Robles Planas[749] afirma que em sociedade existem deveres negativos e positivos. Os deveres negativos se baseiam em um dever intersubjetivo de respeito (não causar dano); os deveres positivos têm por fundamento um dever para a coletividade (contribuir para o bem-estar dos demais, ou deveres de solidariedade). Os deveres negativos permitem a imputação direta do dano a quem os infringe; os deveres positivos somente permitem uma imputação indireta ou débil; os deveres positivos gerais se dirigem a toda coletividade e, como fundamento, à solidariedade intersubjetiva (ativa - omissão de socorro e passiva - estado de necessidade agressivo); os deveres positivos especiais se dirigem a um portador de *status* especial, como funcionários públicos. Ordenando esses deveres, existem as instituições, as quais são elementos ordenadores decisivos das relações humanas (praticamente todas as relações sociais estão institucionalizadas, de modo que se gera expectativas de comportamento daqueles que nelas se inserem). Dessa forma, a base da imputação penal não é a lesão da instituição em si, mas o feixe de direitos pré-fixados: a existência de normas extrapenais e extrajurídicas é fundamental para qualificar uma ação ou omissão como desaprovada penalmente. O Estado vela pelas liberdades e direitos dos cidadãos mediante a imposição de deveres negativos, primariamente; do ponto de vista penal, é mais restrita a imposição de deveres positivos gerais, pois cabe ao Estado assumir a função de promover o bem-estar dos cidadãos; os funcionários públicos devem garantir o real conteúdo positivo da instituição

---

[748] ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial I B de F, 2014, p. 85.
[749] ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial I B de F, 2014, p. 85.

Estado frente à generalidade (posição de garante institucional). A tensão que se manifesta em sede de inexigibilidade é a que se produz entre o indivíduo e a comunidade, aquilo que a comunidade pode exigir do indivíduo desde o ponto de vista material e real do ideal de justiça distributiva. Essa relação pressupõe um conteúdo material em virtude da qual se espera o cumprimento da norma. Quanto maiores os vínculos entre o indivíduo e a comunidade, maior é a exigência da comunidade. Quanto mais facilidade a comunidade proporciona, mais ela pode cobrar do indivíduo. Nisso está o fundamento axiológico da inexigibilidade.

Aquele que diante de uma situação de conflito existencial e que se comportou de acordo com as normas de direito não pode ter sua conduta como materialmente contrária ao Direito, pois este não pode manter sua firmeza habitual nessas situações. Todavia, estaria excluída a responsabilidade quando o Estado não oferece possibilidades alternativas de solução justa da situação de conflito.

5.2 Fundamentos da intervenção penal

A função dada à pena depende do tipo de função que lhe é atribuída pelo Estado (liberal, intervencionista ou democrático) em que se encontra o Direito Penal. Mas em qualquer desses modelos, a função primordial do Estado *é dotar de segurança os indivíduos para que possam desenvolver-se no âmbito social*[750].

Em um Estado liberal, havia uma diminuta intervenção nas relações privadas (liberdade das forças econômicas) e pela manutenção de garantias formais aos seus cidadãos (membros de um pacto/contrato social[751]), a função da pena[752] pode ser tanto preventiva (função utilitária de proteção da sociedade,

---

[750] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 36.

[751] De acordo com Radbruch, existe um acordo tácito entre o criminoso em sua condenação, ao saber que pratica um delito ciente de que poderá lhe ser imposta uma pena. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito. Volume II, 2ª edição.* São Paulo: Saraiva & C.A. Editores, 1947, p. 90.

[752] A palavra pena vem do latim *poena* e significa dor, sofrimento. É também considerada a origem grega *poine*, com significado expiação pelo cometimento de um homicídio, conotações estas que possuem uma carga religiosa forte (remissão dos pecados), de modo que a pena é a retribuição por um mal grave e injusto. Não é à toa que o local onde se cumpre pena é chamado de penitenciária (penitência), mas especificamente dentro de uma cela (local onde vivem os

em que o homem é visto como um ser empírico), como retributiva (a pena como exigência de justiça, em que é visto como ser ideal)[753]. Marcado pela divisão de poderes e pelo princípio da legalidade, o estado liberal adota uma filosofia individualista que enxerga o cidadão como ser racional e dotado de responsabilidade. Dessa forma, o Direito Penal agirá apenas para manter as condições de autonomia do cidadão de forma utilitarista (manutenção da ordem e paz social necessárias para a convivência social) [754].

O Estado intervencionista, ao contrário do Estado liberal é caracterizado por prestações positivas em sociedade, de modo que a pena tem caráter preventivo, de mandeira que o Direito Penal deve ser utilizado de forma eficaz para combate à criminalidade surgidas em meio às desigualdades provocadas pelo capitalismo[755]. Esse modelo é uma reação ao aumento das desigualdades econômicas do liberalismo, em que o homem era livre e autônomo apenas formalmente. O indivíduo e a sociedade deixam de estar em polos opostos. Por outro lado, com o passar dos anos, os Estados sociais foram sendo tomados pelo excesso de burocracia e pela subordinação do indivíduo ao todo social[756].

Em um Estado Democrático de Direito[757], o Direito Penal deve estar a serviço da maioria dos cidadãos (mas respeitando as minorias e o indivíduo), não sendo um fim em si mesmo. Assume garantias e supera aquelas puramente formais do Estado liberal, por isso é mais tendente à prevenção geral dos delitos (voltado para a exclusiva proteção de bens jurídicos, proporcionalidade e culpabilidade), os quais são entendidos como comportamentos danosos a bens jurídicos, em um sentido de prática de fatos graves por aqueles que participam

---

monges em clausura). Daí se verifica que a pena possui, assim como o Direito Penal, uma forte influência da religião.

[753] MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho.* 2ª edición. Barcelona: Bosch Casa editorial SA, 1982, p. 25-26.

[754] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 37.

[755] MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho.* 2ª edición. Barcelona: Bosch Casa editorial SA, 1982, p. 28.

[756] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 41-42.

[757] Segundo Bechara, a expressão "Estado de Direito" possui dois siginificados: um em que os poderes públicos sejam conferidos pela lei e exercidos sob formas legalmente estabelecidas e um significado material, em que os poderes públicos estão sujeitos à lei, que obedece o respeito ao indivíduo e seus direitos fundamentais. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 35-36.

dos sistemas sociais. Trata-se de um Direito Penal formado pelo consenso dos cidadãos, de modo que a pena não seja apenas uma ameaça a possíveis delinquentes, mas uma forma de afirmação de valores sociais (convicções jurídicas da maioria), ou seja, aplicação simultânea da prevenção geral negativa e positiva[758]. No Estado Democrático de Direito, o todo social está a serviço do indivíduo, sopesando-se os interesses em conflito, com foco nos interesses individuais. Nesse ponto o Direito Penal assume uma função de controle social, vinculado à política criminal. Com isso, a legitimação do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito ocorrerá quando ele for o último instrumento estatal para evitar delitos, sem efeitos simbólicos (dentro de um ideal de intervenção mínima) [759]. Entretanto, em face de inúmeras demandas de uma sociedade plural, com a presença dos gestores atípicos da moral, surgem os gestores atípicos da moral (ecologistas, feministas etc.), os quais na busca da proteção de seus interesses, propõem a criminalização de condutas que vão contra seus ideais[760].

A fundamentação do Direito Penal como forma de restrição da liberdade dos indivíduos é exposta pelas teorias da retribuição (teorias absolutas), prevenção geral (teorias relativas) e da ressocialização, cada qual com seus prós e seus contras, sendo que muitas vezes existem zonas cinzentas entre tais teorias, as quais não deixam de influenciar umas as outras[761].

A teoria retribucionista é questionada atualmente pelo seu recurso a uma finalidade metafísica da pena (realização de justiça absoluta), com uma analogia ao juízo divino de fim transcendente da pena. A ressocialização é considerada uma forma de ingerência inaceitável no esquema de valores do criminoso com a finalidade de modificá-lo, enquanto que a lógica da prevenção geral levaria ao uso do indivíduo como instrumento de fins transcendentes[762].

---

[758] MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho.* 2ª edición. Barcelona: Bosch Casa editorial SA, 1982, p. 29-31.
[759] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 42-44.
[760] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 67-68.
[761] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 198.
[762] Silva Sánchez entende que as teses ecléticas são dominantes na atualidade (vide PExt no HC 206821 / SC julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 06/06/2013), afirmando ainda que muitas teses qualificadas como retribucionistas levem em consideração os fins sociais da pena,

A seguir será analisada cada uma dessas teorias.

5.2.1 Teoria retribucionista

Para a teoria da retribuição, a pena é um valor em si mesma, de modo que deve ser aplicada a todos aqueles que cometem delitos, possuindo duas vertentes: a de Kant e a de Hegel.

Segundo Kant, a pena não pode ser imposta como meio para se alcançar um fim, pois o ser humano não pode ser um meio (coisa/objeto), devendo ser respeitada a sua personalidade:

> A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) (...) jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil. (...) A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz aquele que rasteja através das tortuosidades do eudaimonismo, a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição ou, ao menos, reduz sua quantidade pela vantagem que promete... [763]

A pena deve ser imposta como forma de se reestabelecer a ordem racional, de modo a se eliminar a perturbação gerada por um comportamento contrário à lei, pois *ligada ao direito pelo princípio de contradição há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola*[764]*.*

Para Hegel, inicialmente, o Direito é a existência imediata da liberdade que concede de maneira direta a liberdade referente à propriedade e à pessoa. *A primeira violência como poder exercido pelo ser livre e que viola a existência da liberdade em seu significado concreto, o Direito como Lei, constitui o Crime*[765]*.* Nessa linha, a pena surge como forma de defesa contra o dano ou a violência*. A pena, deve ser tomada a partir da concepção geral da experiência*

---

o reestabelecimento do Direito, ou prevenção através da retribuição. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 200-204.

[763] KANT, Emanuel. *Metafísica dos costumes.* Bauru: EDIPRO, 2003, p. 174 e 175.

[764] KANT, Emanuel. *Metafísica dos costumes.* Bauru: EDIPRO, 2003, p. 78.

[765] HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho.* Quinta edición. Buenos Aires: Claridad, 1968, p. 105.

psicológica da consciência, deve ser punida e que o infrator deve acontecer com ele o que ele efetuou[766]*.*

A pena é uma réplica, uma reação ao crime, que é uma perturbação ao Direito. O crime é um momento dentro do Direito (alteração), que é contrária a si mesma e, portanto, nula, de modo que a pena é a negação da negação[767]. Com efeito:

> A superação do crime na esfera da Lei Abstrata é principalmente vingativa, justamente, de acordo com o conteúdo na medida em que é punição ou coação. Mas de acordo com a forma, é a ação de uma vontade subjetiva que pode colocar em cada violação sua infinitude e cuja justiça é, em geral, acidental; da mesma forma, para outros, é apenas como um particular. A vingança, devido ao fato de ser uma ação positiva de uma vontade particular, torna-se uma nova violação, incorporando-se como tal contradição no progresso ao infinito e passando em herança, de geração em geração, ilimitadamente[768].\

A pena é uma compensação pelo delito, com sua superação, de modo que *a superação do crime é a punição, porque segundo o conceito é a violação da violação e segundo a existência, o crime tem uma certa extensão qualitativa e quantitativa*

Entretanto, Maurach chama atenção para o fato de que os efeitos da pena retributiva não estão privados de fins preventivos. O caráter absoluto da pena em verdade *Implanta efeitos sócio-psicológicos de extensão e transcendência superiores aos efeitos dos fins de prevenção,* de modo que a expiação é mais do que simples intimidação ou processo de educação do condenado, mas um efeito psíquico da retribuição. A pena retributiva produz um efeito expiatório mesmo que não se consiga a readaptação do condenado[769]*.*

Maurach defende, portanto, a compatibilidade da pena retributiva com os fins de prevenção, na medida em que o delito é uma causa jurídica para a retribuição e para a prevenção o motivo fixado pelo Direito. Mas essa combinação não poderia sacrificar a essência retributiva da pena (justa expiação do ato culpável) a um fim de prevenção. Em verdade, a função retributiva da pena representa um duplo limite para a seleção e medida da pena: mesmo que

---

[766] HEGEL, Guilermo Federico. *Filosofía del Derecho*.Quinta edición. Buenos Aires: Claridad, 1968, p. 109.
[767] LESCH, HEIKO. H. *La función de la pena*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 17.
[768] HEGEL, Guilermo Federico. *Filosofía del Derecho.* Quinta edición. Buenos Aires: Claridad, 1968, p. 111.
[769] MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal.* Tomo I. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 80.

seja escassa ou ausente a necessidade de prevenção, a pena deve ser aplicada como justa expiação da culpabilidade. Além disso, a pena como forma de retribuição constitui o limite máximo quantitativo, ainda que seja desfavorável o prognóstico de readaptação social[770].

Essa união[771] de uma tese de prevenção com pretensões garantístas de retribuição é questionada por Silva Sánchez, pois a tese retributivista perderia a autonomia para criticar as teses preventivas de base psicológica, além do que a pena deixaria de ser um valor (justo) para se tornar um dado empírico. Dessa forma, dá-se prevalência ao pensamento retributivista clássico de exigência garantista e de rechaço à utilização do condenado como instrumento de uma política criminal, com promoção de uma possível legitimação do Direito Penal em seu aspecto de garantia formal ou material do condenado.

5.2.2 Teoria da prevenção geral (teoria relativa)

A base da teoria relativa é de que a imposição da pena não tem o condão de reparar o mal praticado, de modo que os fins dela (pena) só podem ter efeito intimidatório, ou seja, evitar um outro fato parecido futuro. De fato, não se castigaria alguém por fatos passados, mas com o objetivo de corrigir a conduta do que errou e para servir de exemplo aos demais.

Segundo Welzel, a ideia de prevenção geral possui dois sentidos: em sentido restrito é a intimidação geral mediante a ameaça de pena e em virtude de sanção individual. Em sentido amplo, é a verificação do direito como ordem ética e somente de forma secundária é intimidação[772].

Platão em seu diálogo com Protágoras, afirmou:

---

[770] MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal.* Tomo I. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 81-83.

[771] *Las teorías mixtas o unificadoras o de la unión, que antes fueron absolutamente dominantes y que todavía hoy son determinantes para la jurisprudencia, consisten en una combinación de las concepciones discutidas hasta ahora. Consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente. (...)Una teoría mixta de este teor parte del correcto entendimiento de que ni la teoría de la retribución ni ninguna de las teorías preventivas pueden determinar justamente por sí solas el contenido y los límites de la pena. Pero le falta el fundamento teórico en cuanto sus defensores se contentan con poner sencillamente uno al lado del otro, como fines de la pena, la compensación de la culpabilidad y la prevención especial y general.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general. Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito.* Madrid: Civitas, 1997, p. 93-94.

[772] WELZEL, Hans. *Derecho Penal aleman.* Parte general. 11ª edición. Santiago: editorial jurídica de Chile, 1976, p. 331.

> punir o mal, a força que tem e o fim que propomos a esta punição; Isso é suficiente para provar a você que todos os homens estão convencidos de que a virtude pode ser adquirida. Porque ninguém pune um homem mau só porque ele tem sido mau, a menos que seja algum animal feroz que pune para saciar sua crueldade. Mas quem pune com razão, pune, não por faltas passadas, porque não é mais possível que o que já aconteceu pare de acontecer, mas pelas faltas que podem ocorrer, para que o culpado não se repita e sirva de exemplo ao outros sua punição[773].

Segundo Lesch, a pena, segundo a teoria relativa possui as funções de prevenção geral negativa (efeito intimidatório), correção (prevenção especial positiva) e de prevenção especial negativa (tornar o autor do crime inofensivo), sendo, em todos os casos, uma retribuição por algo que tenha ocorrido[774].

A prevenção legitimaria a intervenção punitiva do Estado ao evitar ou manter em níveis razoáveis os delitos e as reações informais da sociedade frente a estes. Além disso, o Estado deve assumir uma postura de diminuição da violência estatal, por meio da intervenção mínima e pela adoção de princípios garantistas individuais[775].

5.2.2.1 Prevenção geral negativa

A vida em sociedade é uma contingência, bem como a criação do Estado, na medida em que fora dessa realidade haveria a luta de todos contra todos. Fora do Estado ninguém está seguro [776]. Dessa forma, a criação do Estado visa à segurança recíproca. *A união da vontade e energia dos indivíduos fornece a base da sociedade civil para garantir a liberdade recíproca para todos* [777].

Feuerbach em sua obra Tratado de Direito Penal propõe a teoria da coação psicológica dentro do Estado, por meio da pena, uma vez que toda lesão jurídica se contrapõe aos objetivos do Estado, o qual deve criar institutos que

---

[773] PLATÓN. *Obras completas.* Tomo II. Madrid: Medida e Navarro editores, 1871, p. 36.
[774] LESCH, HEIKO. H. *La función de la pena.* Madrid: Dykinson, 1999, p. 21.
[775] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 211.
[776] *Out Of Civil States, there is always warre of every one against every one hereby it is manifest, that during the time men live without a common Power to keep them all in awe, they are in that condition which is called Warre; and such a warre, as is of every man, against every man. HOBBES, Thomas. Leviathan or the matter, forme, & power of a common-wealth ecclesiastical and civil.* London Edinburgh Glasgow: Oxford University Press, 1929, p. 96.
[777] FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania.* Buenos Aires: Editorial hamurabi SRL, 1989, p. 58.

impeçam referidas lesões. A pena é o meio que o Estado tem para dissuadir outras pessoas a cometerem crimes, produzindo assim um efeito psicológico pela ameaça da lei penal. É um efeito intimidatório pela cominação do mal da pena:

> I) O objetivo da punição na lei é a intimidação de todos, como possíveis protagonistas de lesões jurídicas. II) O objetivo de sua aplicação é fundamentar efetivamente o término legal, já que sem a aplicação a liminar seria oca (seria ineficaz). Uma vez que a lei intimida todos os cidadãos e a execução deve dar efeito à lei, segue-se que o objetivo mediatizado (ou final) do requerimento é, em qualquer caso, a intimidação dos cidadãos por lei[778].

Evitando o crime (resultado dos impulsos naturais do homem), o Estado alcança seu fim, uma vez que a aplicação da pena mostra a todos que o cometimento de um crime é acompanhado por um mal maior do que o resultado produzido.

Tradicionalmente, a aplicação da pena é de caráter público, acompanhada de um conteúdo aflitivo para garantir os efeitos da intimidação. Entretanto, sob uma ótica liberal, esse momento é substituído por um diálogo racional entre a norma e seus destinatários, os quais são dissuadidos de realizar comportamentos antinormativos, de modo que os momentos aflitivos se transformaram em meras provas da seriedade das advertências feitas pelo Direito Penal[779].

O principal aspecto crítico dessa teoria é que ela não está sujeita a limites éticos aos que estão impondo sanções, com a possibilidade de impor responsabilidade penal por fatos em que está ausente a culpabilidade ou com imposição de sanções desproporcionais. A imposição da pena se dá apenas para intimidar o outro, motivando-o a um comportamento conforme o Direito. Para combater isso, seria necessário que a responsabilidade penal ficasse limitada a condutas cuja culpabilidade do autor (ética da dignidade do homem como sujeito moral autônomo[780]) fosse avaliada, em uma sociedade livre onde

---

[778] FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania.* Buenos Aires: Editorial hamurabi SRL, 1989, p. 61.
[779] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 212.
[780] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 215.

os cidadãos tenham oportunidades de escolhas para evitar sanções penais e serem fiéis ao Direito[781].

Silva Sánchez propõe um sistema de limites que promova a distinção entre legitimação da pena como instituição e a realização de atos punitivos em concreto (levando em conta as circunstâncias do crime cometido e a dignidade do sujeito que vai receber a pena). A eficácia intimidadora do delito não deve ser medida pela erradicação do delito, mas pela sua contenção em conjunto com outras instâncias de controle social (família, Igreja, escola...), o que aumentaria o convencimento de que o Direito Penal possui índole dissuasória[782]. Por outro lado, o aumento da gravidade das penas não possui efeitos preventivos comprovados, ao contrário do que se houvesse maior certeza da punição (seja pela internalização moral, seja pela atuação de outras instâncias de controle informal. Além disso, o Direito Penal deve funcionar também como forma de proteção do delinquente contra possíveis reações informais da sociedade, seja criminalizando atos de vingança, seja representando para a sociedade que as normas vigentes estão sendo cumpridas[783].

5.2.2.2 Prevenção geral positiva

Também conhecida como prevenção-integração ou estabilizadora, a pena teria uma função pedagógica para a sociedade, não através do temor, mas da consciência coletiva[784].

De acordo com Santos, essa teoria possui duas correntes, representadas respectivamente por Roxin e Jakobs. Para o primeiro, o Direito Penal age para a proteção de bens jurídicos, através da fragmentariedade (nem

---

[781] VON HIRSCH, Andrew. *Retribuición y prevención como elementos de justificación de la pena.* In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NEUMANN, Ulfrid. MARTÍN, Adán Nieto. Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análises crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 128.

[782] *La pena restaura la tranquilidad. El crimen produce alarma en todos cuantos se representa la posibilidad de ser víctimas de hechos semejantes o calculan a la larga, las consecuencias disgregadoras del grupo social que traería consigo el desarrollo de tendencias antisociales. La pena restablece la opinión pública de seguridad (Carrara), absolutamente necesaria para la vida en común. Esta necesidad, sentida en forma apremiante, se manifiesta en las brutales reacciones (ley de Lynch)...*ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal. 2ª edición.* Madri: Akal, 1986, p. 511.

[783] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 216-226.

[784] LESCH, HEIKO. H. *La función de la pena.* Madrid: Dykinson, 1999, p. 28.

todos os bens jurídicos são protegidos pelo Direito Penal) e da subsidiariedade (o Direito Penal somente agirá quando falharem outros meios de coerção)[785].

Para Jakobs, a prevenção geral positiva reside na necessidade de vigência segura da norma, *como tal exercício deve ocorrer em relação a todos e cada um, no modelo descrito da função do puniciónestatal trata-se de prevenção geral através de exercício no reconhecimento da norma*[786].

As críticas a essa teoria repousam sobre o fato de que elas descrevem um mundo irreal de fidelidade jurídica e confiança do cidadão no ordenamento jurídico[787]. O indivíduo é submetido a processos de controle estatal, substituindo a responsabilidade do homem por uma responsabilidade coletiva-estatal, sendo certo que cientificamente não foi encontrado meio efetivo para a ressocialização de alguém[788]. Outra crítica pertinente é a de que ressocializar o indivíduo sem questionar a sociedade em que se encontra, é dar como perfeita a ordem social, sem questionamento de suas bases, e sem aquilo que gera o delito[789].

Em verdade, as doutrinas de prevenção geral positiva seriam resultado da desnaturação das doutrinas retributivas e representam um complexo de fins (com predomínio de elementos ético-sociais) que podem ser divididos em: intimidação por razões de integração social e limitação de excessos, exigindo que a pena corresponda à consciência social. A teoria da prevenção geral se volta para o foro íntimo dos cidadãos, para gerar uma atitude de convencimento, de fidelidade ao Direito Sanção estabilizadora), o que seria mais eficaz do que a mera intimidação. A aplicação da pena deve levar em conta os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade, sem os quais não seria possível exigir do infrator fidelidade ao Direito[790]. Entretanto, a ideia de prevenção geral positiva representa um maior intervencionismo na esfera de valoração dos cidadãos (maior critério autoritário), pois pretende alcançar plena

---

[785] ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos. La estructura del delito.* Tomo I. Madrid: Editorial Civitas SA, 1997, p. 69 e 70.
[786] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* 2ª edición corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1997, p. 18
[787] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal - Parte geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito editorial, 2010, p. 427-428.
[788] LESCH, HEIKO. H. *La función de la pena.* Madrid: Dykinson, 1999, p. 35.
[789] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y controle social.* Caracuel: Gráficas del exportador, 1985, p. 97.
[790] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 227-231.

integração e estabilização social. Isso ocorre porquanto as garantias individuais são valoradas de acordo com as necessidades sociais do momento (necessidade irracional de pena para conter impulsos do subconsciente social), com clara instrumentalização do delinquente, bem como a sanção de fatos que não o seriam sob a ótica da intimidação[791].

Nessa esteira, Mir Puig propõe uma limitação da prevenção geral intimidatória, exigindo uma função socialmente integradora:

> Caso contrário, exigir uma prevenção geral estabilizadora teria um sentido "moralizador", de imposição através da coerção da penalidade de uma adesão interna dos cidadãos aos valores legais, e isso seria absolutamente inadequado para o Direito Penal que garanta o indivíduo. Mas é, ao mesmo tempo, evitar a intimidação estatal pura que permite dispensar toda consideração de consenso social[792].

De acordo com Mir Puig, a intimidação penal deve ocorrer dentro dos limites do Estado Democrático de Direito (exclusiva proteção de bens jurídicos, proporcionalidade, culpabilidade, legalidade...) com respeito à dignidade do delinquente e busca da paz social[793]. Trata-se de uma concepção em que o Direito Penal não é vocacionado para forjar uma consciência jurídica dos cidadãos, reforço da confiança normativa[794].

5.2.3 Prevenção especial

A pena, nessa concepção, tem por objetivo evitar que o autor cometa futuros delitos, seja através do isolamento do autor (prevenção especial negativa), seja pela correção, ressocialização ou socialização do delinquente (prevenção especial positiva) [795].

Essa forma de prevenção possui dois momentos: o primeiro quando da aplicação da pena pelo juiz e o segundo quando da execução penal[796]. Trata-

---

[791] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 235-238.
[792] MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho.* 2ª edición. Barcelona: Bosch Casa editorial SA, 1982, p. 32.
[793] MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho.* 2ª edición. Barcelona: Bosch Casa editorial SA, 1982, p. 33-34.
[794] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 240.
[795] LESCH, HEIKO. H. *La función de la pena.* Madrid: Dykinson, 1999, p. 31.
[796] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal - Parte geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito editorial, 2010, p. 424.

se do uso do Direito Penal para melhorar o indivíduo, proporcionando-lhe uma motivação adequada para a vida em sociedade e pela exclusão do convívio social (temporariamente ou permanentemente), de forma a selecionar artificialmente os indivíduos que são aptos a viver em sociedade[797].

5.2.4 Exclusiva proteção de bens jurídicos

Em um Estado Democrático de Direito, ao lado dos princípios da legalidade, fragmentariedade, proporcionalidade, intervenção mínima, a exclusiva proteção de bens jurídicos é uma forma de limitação do *jus puniendi* estatal, ou seja, um uso mais restritivo do Direito Penal com a função de apenas castigar ataques a bens jurídicos. Porém, *nem todo bem jurídico requer tutela penal, nem todo bem jurídico há de se converter em um bem jurídico penal*[798].

O conceito dogmático de bem jurídico, em princípio não teria por si só a capacidade de definir aquilo que deveria ser protegido pelo Direito Penal, até porque outros ramos do Direito reconhecem a existência de bens jurídicos, o que daria ao Direito Penal um caráter meramente sancionador. Para a solução do problema é necessário um conceito político-criminal de bem jurídico, que separe Direito e moral e situe os bens merecedores de tutela penal no terreno social, como condição de funcionamento dos sistemas sociais e de desenvolvimento do indivíduo[799].

> O uso de uma pena tão grave quanto a punição requer o orçamento de uma ofensa igualmente grave. A natureza criminal da sanção deve corresponder a uma natureza criminal da ofensa. O direito penal não pode ser usado para sancionar a violação de uma norma primária digna de uma natureza criminosa. Somente as proibições e mandatos fundamentais da vida social merecem adotar o caráter das normas penais. Somente infrações de tais normas merecem a consideração de crimes[800].

Existe uma autonomia na valoração específica para os bens jurídico-penais, ou seja, o Direito Penal não é mero instrumento sancionador de outros

---

[797] LESCH, HEIKO. H. *La función de la pena.* Madrid: Dykinson, 1999, p. 32.
[798] MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho.* Barcelona: editorial Ariel SA, 1994, p. 159.
[799] MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho.* Barcelona: editorial Ariel SA, 1994, p. 160-161.
[800] MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho.* Barcelona: editorial Ariel SA, 1994, p. 162.

valores e normas, além do que referidos bens devem ser fundamentais para a vida em sociedade. Além disso, devem ser insuficientes outros meios de proteção desses bens, para que haja a intervenção penal (subsidiariedade e fragmentariedade).

Silva Sánchez chama a atenção para o fato de que a adoção de uma concepção sociológico-funcionalista, pode anular a função limitadora do conceito de bem jurídico, na medida em que valores morais podem ser estimados como funcionais em determinada sociedade (finalidade conjuntural), o que deve ser combatido com um referencial centrado no indivíduo:

> ... na verdade, problemas como a definição dos socialmente prejudiciais em uma sociedade dividida, cujos diferentes estratos respondem a interesses conflitantes, não são facilmente resolvíveis. Assim, talvez seja melhor integrar em uma única idéia os aspectos de "referência individual" e "dano social", afirmando que o objeto da proteção jurídico-criminal deve necessariamente expressar as condições que possibilitem o livre desenvolvimento do indivíduo para através da sua participação na vida social (...)[801].

Essa posição não exclui a proteção dos bens jurídicos supraindividuais, na medida em que estes também funcionam como meio de desenvolvimento do indivíduo.

5.2.5 Teorias unificadas da pena

São resultado da união das teorias da prevenção geral (especial e geral) e da retribuição, de modo que a pena é a retribuição pelo injusto praticado, promovendo-se a correção do autor e intimidando possíveis futuros criminosos[802].

No artigo 59 do Código Penal brasileiro há a seguinte previsão, consagrando a unificação das teorias da pena[803]:

> O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

---

[801] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 270-271.
[802] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal - Parte geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito editorial, 2010, p. 428-429.
[803] BRASIL. Código Penal brasileiro. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em 12/10/2015.

Por seu turno, a Lei de Execução penal estabelece em seu artigo 10, que a *assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade*[804].

Santos afirma que a unificação das teorias isoladas da pena não faz desaparecer os defeitos desta e acaba por racionalizar a função punitiva, na medida em que a união de teorias contraditórias e excludentes pode servir a qualquer discurso punitivo, dependendo do caso concreto.

Às teorias acima citadas une-se a crítica formulada pela Teoria negativa/agnóstica da pena, a qual fundamenta-se em dois modelos ideais de aplicação de pena, quais sejam, o estado de polícia e o estado de direito. Pelo primeiro, a pena é resultado da vontade hegemônica de um grupo social, como forma de resolução dos conflitos, enquanto que, no segundo, o poder é exercido horizontalmente, de forma democrática, pregando a redução do poder punitivo do Estado[805].

5.3 Causas da expansão do Direito Penal

Conforme visto anteriormente, a sociedade pós-industrial é marcada pela existência de riscos imprevisíveis e incontroláveis, cuja origem está, em sua maioria, no próprio homem e não na natureza. Como consequência, surge uma maior exigência por segurança, que deverá ser proporcionada pelo Direito Penal como *prima ratio*.

A falta de referenciais objetivos em sociedade moderna de índole liberal vem provocando um paternalismo jurídico do Estado, tendo como efeito o infantilismo da população, cada vez mais dependente de soluções jurisdicionalizadas.

---

[804] BRASIL. Lei nº 7210 de 11 de Julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm Acesso em 12/10/2015.

[805] Segundo Zaffaroni/Slokar/Alagia, *se trata de un concepto de pena que es negativo por dos razones: (a) no le asigna ninguna función positiva a la pena; (b) se obtiene por exclusión (es la coacción estatal que no entra en el modelo reparador ni en el administrativo directo). Es agnóstico en cuanto a su función, porque parte de su desconocimiento. Esta teoría negativa y agnóstica de la pena es el único camino que permite incorporar al horizonte del Derecho Penal y, con ello, hacer materia del mismo, a las leyes penales latentes y eventuales, al tiempo que desautoriza los elementos discursivos negativos del Derecho Penal dominante.* ZAFFARONI, Raul Eugenio. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal, parte general.* 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 46

Em verdade, o Direito Penal se tornou um “meio barato” de solução de controvérsias, o que pode ser analisado sob dois aspectos: uma solução legislativa simbólica (criação da lei penal sem maiores preocupações com os impactos: criação de delegacias de polícia, de varas judiciais, mais vagas prisionais, por exemplo, para atender à demanda criada) e uma tábua de salvação para a população, que cai no engodo de que seus problemas serão solucionados magicamente com uma nova lei penal, ao mesmo tempo em que terá a sua disposição um meio de solução de demandas privadas que, em sua grande maioria, só precisa de uma provocação do aparelho policial estatal para que a controvérsia chegue ao judiciário. Sem necessidade de advogado (pelo menos para a vítima) e gastos com perícias, taxas judiciárias, indenizações etc., a busca de soluções de problemas cotidianos por meio da Polícia, do Ministério Público e Judiciário eleva a grandeza de um Direito Penal esvaziado de conteúdo valorativo, mas dotado de uma função de controle do comportamento social desviante[806].

Nesse contexto, a expansão do Direito Penal pode ser atribuída, de acordo com Silva Sánchez[807]: ao surgimento de novos interesses e novos riscos, institucionalização da insegurança, sensação social de insegurança, a identificação social com a vítima do delito, descrédito de outras instâncias de proteção, atribuição de uma função gerencial ao Direito Penal.

Com o avanço tecnológico, surgem novas realidades que requerem proteção penal, como é o caso do sistema financeiro e o combate à lavagem de dinheiro. Por outro lado, também requerem proteção penal bens jurídicos já existentes, mas considerados escassos (meio ambiente, por exemplo) e aqueles

---

[806] No Brasil, a Lei 12737 de 30 de novembro de 2012 alterou o Código Penal para tipificar a conduta de *Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita*. Por outro lado, o § 3º criminaliza o fato de que *se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido*. De acordo com o § 4º–,*na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.* A falta de técnica de redação é evidente, na medida em que o caput exige a obtenção de vantagem ilícita, ao passo de que o § 4º não faz menção ao elemento subjetivo do injusto (pode ser a qualquer título).

[807] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 25-79.

que passaram a ser valorados em face de mudanças sociais e culturais, como no caso do patrimônio artístico e cultural. Nessa mesma linha, na chamada sociedade do risco, marcada por uma economia global e que rapidamente se modifica, os cidadãos (consumidores, usuários, beneficiários de prestações públicas etc...) estão expostos a constantes riscos (biológicos, genéticos, nucleares, informáticos, radiológicos etc...). Surgem novas modalidades delituosas (criminalidade organizada e transnacional, crimes de informática), que provocam uma sensação de incerteza na vida social. Daí o aumento dos crimes de perigo abstrato (uma vez que os delitos de lesão são insatisfatórios para a proteção dos bens jurídicos) e dos delitos de comissão por omissão em virtude do controle de riscos se dar por condutas positivas por parte de terceiros. A sensação geral de insegurança, típica das modernas sociedades pós-industriais, é provocada por um processo de super informação promovido pelos meios de comunicação e de transporte (rádio, televisão, internet), tendo como consequências incertezas, ansiedade, insegurança, instabilidade das relações humanas[808].

A revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação remodelou a sociedade em ritmo acelerado, com interdependência global das economias e uma nova forma de relação entre Estado, sociedade e economia em um sistema de geometria variável. A vida passa a ser moldada pelas redes de computadores, com a busca de uma identidade coletiva ou individual, atribuída ou construída. Há o rompimento dos padrões de comunicação, com alienação dos grupos sociais e indivíduos que passam a considerar o outro como uma ameaça[809].

As sociedades são estruturadas em processos de produção, experiência e poder. A produção é a ação humana de transformação da natureza em benefício humano, obtendo um produto, consumindo parte dele ou guardando o excedente para investimento. A experiência é a ação dos seres humanos entre si na busca de satisfação de desejos e interesses. O Poder é a relação entre sujeitos para impor uma vontade mediante emprego potencial ou

---

[808] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 25-33.
[809] CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. vol.1 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 39.

real de violência física ou simbólica[810]. Entretanto, as sociedades pós-industriais vivem um momento de destruição da ideia de comunidade, da capacidade de autorrepresentação social e determinação da própria identidade[811].

> Se alguma coisa caracteriza o estágio atual da individualidade moderna, é o autismo social. A reclusão do indivíduo no universo da privacidade não deixa mais espaço para o público, para a auto-realização coletiva. A sociedade não é mais uma comunidade, mas um agregado de indivíduos atomizados e narcisisticamente orientados para uma gratificação infinita de seus próprios desejos e interesses.[812].

Nesse cenário ocorre a substituição das relações sociais por relações jurídicas e da ideia de coletividade pela de Estado (como autoridade abstrata que detém o monopólio da violência legítima), de modo que o Direito passa a ser o indicador das formas de sociabilidade. O indivíduo, submetido aos mais diversos regulamentos jurídicos (que destroem toda forma de articulação possível da identidade e da diferença), torna-se fragmentado em uma pluralidade de normas de cunho econômico-social centrada na propriedade e nas relações contratuais (*a individualidade viva, material e empírica é "formalizada" pela extrema artificialidade da ordem jurídica, a igualdade de direitos e a livre troca de equivalentes* [813]). Dessa forma, o Direito Penal surge como ferramenta social para gerar consenso na busca de uma orientação normativa.

A atual configuração da sociedade pós-industrial, torna seus cidadãos cada vez mais niilistas, concentrados no próprio prazer e desprovidos de referenciais (sociais, culturais, familiares etc) em indivíduos cada vez mais dependentes do Estado e menos empreendedores/ativos, formando-se, assim, uma classe de pessoas passivas (pensionistas, desempregados, destinatários de prestações sociais positivas) que possuem um sentimento de impotência em face dos riscos sociais e tendentes a buscar um responsável por danos

---

[810] CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. vol.1 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 51.
[811] SOUZA, María de Lourdes. *La individualidas postmoderna: una lectura del pensamineto de Pietro Barcellona y Boaventura de Sousa Santos.* Anuario de Filosofía del Derecho, número XVI, Enero 1999, p. 321.
[812] SOUZA, María de Lourdes. *La individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura de Sousa Santos.* Anuario de Filosofía del Derecho, número XVI, Enero 1999, p. 322.
[813] SOUZA, María de Lourdes. *La individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura de Sousa Santos.* Anuario de Filosofía del Derecho, número XVI, Enero 1999, p. 324-325.

ocorridos, de modo que a imputação de um resultado possui um valor simbólico-comunicativo[814].

> a contribuição da sanção de crimes imprudentes de resultado para a garantia (contrafactual) das expectativas sociais de segurança deve ser considerada como muito relativa: basta, para verificá-la, apreciar como as vítimas potenciais destes comportamentos se repetem, repetidas vezes, até que ponto pode, para meios de garantia cognitiva (auto-proteção factual). O que acontece é que, em uma sociedade de contatos anônimos, os meios de garantia cognitiva das vítimas em potencial são simplesmente impraticáveis. Tudo isso, sem dúvida, explica - entre outros fatores, já mencionados acima - a tendência irrefutável para a classificação de crimes perigosos[815].

Outra característica das sociedades modernas é a identificação da maioria com a vítima (e desumanização da figura do criminoso) e a descrença em outras instâncias de controle que não a penal (punitivismo como política de Estado). Como consequência de ser uma sociedade de classes passivas, preocupada com seu bem-estar, o Direito Penal passa a ser visto como uma espada poderosa contra a delinquência dos poderosos e não como instrumento de defesa dos cidadãos contra intervenções indevidas do Estado. Isso resulta na redução da interpretação teleológica a favor do investigado, como por exemplo, causas de justificação (relativização de garantias e regras de imputação). A pena se torna um mecanismo de ajuda à vitima ou dos familiares desta para superar o trauma do delito ou uma forma de solidariedade social com a vítima[816].

Além disso, a ausência de uma ética social mínima, a destruição de critérios tradicionais de avaliação do bem e do mal (o que torna imprevisível a conduta alheia) e liberação de proibições morais vem conduzindo ao incremento de proibições penais. O Direito Civil, que passou do modelo de responsabilização civil para o de seguro, teve como consequência a diminuição dos níveis de diligência das pessoas (o seguro cobre os danos por estas causado) e perda do conteúdo valorativo da responsabilidade civil e da ideia de

---

[814] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 42-50.

[815] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 51.

[816] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 52-57.

culpa. O Direito Administrativo é mal visto por causa da sua burocracia e da corrupção. O Direito Penal se torna o único instrumento de pedagogia social, de civilização, assumindo bandeiras de gestores atípicos da moralidade (feministas, sexistas, ecologistas etc.) para a proteção dos interesses destes, com evidente vulneração de princípios básicos do Direito Penal[817].

> O direito penal acumulou recentemente funções sociais significativamente diferentes das que eram tradicionais, entre as quais podemos citar o assunção pelo código penal, na ausência de alternativas melhores, do papel do código moral da sociedade, o seu papel na juridificação progressiva de quaisquer conflitos ou dilemas de valoração social, ou seu uso para fins meramente simbólicos[818].

Em fase pré-legislativa ocorre um processo sociológico em que se acredita haver uma disfunção social (*falta de relação entre uma determinada situação social ou económica e a resposta ou falta de resposta que lhe é dada pelo subsistema jurídico*) em que se necessita de intervenção penal. Essa disfunção é baseada em pressupostos fáticos ou aparentes (o que pode não ser de conhecimento dos agentes sociais) [819], na busca por segurança e satisfação por parte da vítima. Nesse ponto, o Direito Penal assume um aspecto de gestão eficiente de determinador de problemas sem conexão com valores (gerencialismo), ou seja, a criação de um modelo de justiça negociada, em que são considerados supérfluos direitos consagrados como presunção de inocência, devido processo legal e proliferam instrumentos normativos de luta contra os poderosos[820] e criação de prisões e polícias privadas, reduzindo o Direito Penal a funções administrativo-executivas, alimentadas pelo desconhecimento da maioria da população sobre a seletividade da máquina penal e dos mecanismos concretos de reação estatal ao crime[821].

---

[817] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 61-68.
[818] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría.* Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 14.
[819] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría.* Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 20-21.
[820] No Brasil, a Lei 12850 de 02 de agosto de 2013, ao estabelecer sobre a investigação criminal de organizações criminosas, dispõe em seu artigo 4º que *o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.*
[821] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 74-77.

De acordo com o exposto, o Direito Penal na moderna sociedade do risco sofre uma expansão extensiva sobre setores que anteriormente não estavam sob seu âmbito de proteção (direito de consumidores, por exemplo) e uma expansão intensiva, com aumento de penas, endurecimento da execução de penas, ampliação da supervisão não carcerária[822], busca de agilidade no processo penal e o surgimento do Direito Penal do inimigo como se verá a seguir[823].

5.4 O Direito Penal do inimigo

Em uma sociedade (moderna) cujas relações entre os indivíduos estão fragmentadas por causa do individualismo exacerbado, de modo que as expectativas sociais são inseguras, "o outro" é visto com desconfiança, como inimigo. Por outro lado, trata-se de uma sociedade de massas, onde se tem que administrar comportamentos em massa distintos, porém ao mesmo tempo e uniformemente dos cidadãos[824].

As sociedades de base democrática devem proteger as condições que permitem o desenvolvimento das liberdades de seus cidadãos em suas relações dinâmicas entre si. Essas condições de desenvolvimento do homem são bens jurídicos protegidos por normas de conduta aceitas em sociedade, possuindo, portanto, validez normativa apta de proteção pelo Direito Penal. Ao lado desses mencionados bens jurídicos existe uma expectativa de segurança de que não haja lesões por terceiros, de bens jurídicos, ou seja, um grau de confiança de que as normas existentes serão respeitadas por todos. Dessa forma, sob uma perspectiva funcionalista, caberia ao Direito Penal, ao lado da proteção de bens jurídicos, a proteção da confiança nas expectativas normativas

---

[822] Podem ser citadas as medidas cautelares, diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal que, em tempos de expansionismo penal, mais representam uma medida de diminuição de gastos públicos com a manutenção de presídios, do que realmente um respeito à liberdade do acusado de um crime.

[823] FELIPE I SABORIT, David. *Observaciones a la expansión diez años depués*. In: ROBLES PLANAS, Ricardo. GUTIÉRREZ, Plablo Sánchez-Ortiz. La crisis del Derecho Penal contemporâneo. Barcelona: Atelier, 2003, p. 64-65.

[824] JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad.* Madrid: Civitas, 2004, p. 36

de atuação social. A proteção de bens jurídicos leva, por via de consequência, à confiança do cidadão nas normas vigentes em sociedade[825].

Por outro lado, a capacidade de resistência de uma sociedade no que se refere à tolerância a riscos e sua proteção por meio da pena é algo questionável, ou seja, a pena é insuficiente para a dita proteção social em alguns âmbitos de atuação.

A pena é uma forma de coação, como forma de resposta a um fato que violou uma norma, ou seja, uma afirmação da norma para manutenção da configuração da sociedade (vigência da norma). Tanto a pena, quanto o crime são formas de interação simbólica, em que o autor do crime é levado a sério em suas ações perante a sociedade em que vive[826].

Aquele que vive em sociedade deve se comportar de modo a garantir as expectativas do outro (comportar-se como pessoa), autorizando-se o Direito Penal a reagir contra o inimigo, ou seja, aquele que nega as expectativas sociais. Essa reação não é desmedida, mas leva em conta a personalidade potencial do inimigo. Este Direito Penal do inimigo possui características distintas do Direito Penal do cidadão:

> 1) amplo avanço da punibilidade, ou seja, a mudança na perspectiva do fato produzido pelo fato de que vai ocorrer, os tipos de criação de organizações criminosas ou terroristas como exemplos aqui (§§ 129 e 129.fl StGB ou produção de narcóticos por gangues organizadas (...); 2) falta de uma redução da penalidade proporcional a tal avanço, por exemplo, a penalidade para o chefe de uma organização terrorista é igual àquela do perpetrador de uma tentativa de assassinato, obviamente aplicando a diminuição da tentativa (§§ 129 .fl.II, 211.1 e 49.1.1 StGB) e excede claramente, na maioria dos casos, as penas reduzidas da tentativa prevista para os outros crimes de associações terroristas; 3) passagem da legislação do direito penal para a legislação da luta contra o crime e, em particular, da criminalidade económica (...), do terrorismo (...) 4) da supressão das garantias processuais, onde o isolamento do processado é atualmente o exemplo clássico [827].

Ao aplicar pena mais severa, restringir garantias processuais não está tratando com cidadãos, mas com o inimigo, aquele que não só de maneira

---

[825] Importante salientar que Guirao entende que o fim principal do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos e, de forma secundária, a proteção da vigência do ordenamento. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito.* Barcelona: Atelier, 2003, p. 122.

[826] JAKOBS, Günther. CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2003, p. 23.

[827] JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad.* Madrid: Civitas, 2004, p. 43-44.

incidental, mas também habitual, no exercício profissional ou por vinculação a alguma organização, de forma duradoura abandona o Direito, deixando de garantir um mínimo de segurança cognitiva de seu comportamento em sociedade. O objetivo aqui é restabelecer condições de vida em sociedade aceitáveis, neutralizando aqueles que não se comportam conforme uma garantia cognitiva mínima para o outro de modo a ser tratado como pessoa[828].

Importante salientar, que para Jakobs, aquele que comete um delito não é automaticamente um inimigo ou deva perder seu *status* de cidadão. O Estado, ao contrário, deve manter um Direito Penal do cidadão, cujo delinquente possa ter o direito de voltar para a sociedade mantendo seu *status* de cidadão, bem como tem o dever de reparação pelo ato delituoso praticado[829].

> O Direito penal do cidadão é direito também no que se refere ao criminoso; ele ainda é uma pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem o direito de buscar segurança diante de indivíduos que persistentemente recaem na prática de crimes; Afinal, a custódia de segurança é uma instituição legal. Além disso, os cidadãos têm o direito de exigir do Estado que adotem as medidas apropriadas, isto é, que tenham direito à segurança, (...)[830]

Considerando que a pena serve para confirmar a identidade normativa da sociedade, o infrator da norma não é inimigo da sociedade, continuando a pertencer a esta e a ser tratado como pessoa[831].

Enquanto o Direito Penal do cidadão procura manter a vigência da norma que configura uma sociedade, privando de meios de desenvolvimento aquele que defrauda as expectativas conforme as normas estabelecidas (configuração social realmente passível de ser vivida), enquanto que o Direito Penal do inimigo tem por escopo combater perigos produzidos por aqueles que de maneira provavelmente duradoura se apartam do Direito (não apresentam uma garantia cognitiva mínima necessária para serem tratados como pessoa). Trata-se, neste último caso, de uma guerra contra aqueles que desejam destruir o ordenamento jurídico. *Quem não oferece segurança cognitiva suficiente para*

---

[828] JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad.* Madrid: Civitas, 2004, p. 45-46.
[829] JAKOBS, Günther. CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2003, p. 28.
[830] JAKOBS, Günther. CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2003, p. 61.
[831] JAKOBS, Günther.*Sobre la teoria de la pena.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, p. 28.

o comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não deve mais tratá-la como pessoa(...)[832].

A aplicação do Direito Penal do inimigo deve ocorrer de forma excepcional, separando seus preceitos daqueles inscritos para o Direito Penal dos cidadãos de forma clara, de modo a se evitar analogia ou infiltração de meios de interpretação sistemática entre ambas as formas de normatização[833].

Por seu turno, Cancio Meliá, ao analisar o contexto de expansão do Direito Penal (marcado por características antiliberais) afirma que um Direito Penal do cidadão é um pleonasmo, enquanto que o Direito Penal do inimigo é uma contradição em termos[834]. Esse autor, primeiramente, aponta que o Direito Penal do inimigo é uma forma de cruzada contra indivíduos considerados extremamente maus, em uma combinação de punitivismo (aumento da pena) com Direito Penal simbólico (tipificação como forma de identidade social), além de ser inconstitucional[835], nem contribui para a prevenção policial de delitos. Dessa forma, o Direito Penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral

---

[832] JAKOBS, Günther. CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2003, p. 47.

[833] JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*. Lima: Palestra editores, 2000, p. 247.

[834] JAKOBS, Günther. CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2003, p. 47.

[835] Ao analisar o regime disciplinar diferenciado (RDD) previsto na lei de execuções penais (lei7.210 de 11 de junho de 1984) por alteração da lei 10.792 de 1 de dezembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal assim de se manifestou: Ementa: PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI. PACIENTE MEMBRO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM INDEFERIDA. 1. A prisão preventiva se justifica quando demonstrada sua real necessidade mediante a satisfação dos pressupostos a que se refere o artigo 312 do CPP. 2. A periculosidade do agente concretamente demonstrada, acrescida da possibilidade de reiteração criminosa e a participação em organização criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar, a fim de garantir a ordem pública (HC n. 104.699/SP, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 23.11.10 e HC n. 103.107/MT, 1ª Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 29.11.10). 3. *In casu*, a prisão preventiva foi satisfatoriamente fundamentada na garantia da ordem pública, porquanto o paciente é "portador de vasta e perigosa antecedência infracional, ocupante de elevado status na hierarquia da facção criminosa que se intitula Primeiro Comando da Capital (PCC), da qual é ocupante malgrado custodiado em unidade prisional de regime disciplinar diferenciado". Ademais, foi constatado que o paciente, mesmo preso, vinha negociando o tráfico de drogas por meio de telefone celular. 4. Atos que implicaram a interceptação telefônica não podem ser examinados no presente *writ*, sob pena de supressão de instância, uma vez que a matéria não foi conhecida pelo STJ. Precedentes: HC 100595/SP, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 22/2/2011, DJ de 9/3/2011; HC 100616/SP, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, Julgamento em 08/02/2011, DJ de 14/3/2011; HC 103835/SP Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, Julgamento em 14/12/2010, DJ de 8/2/2011; HC 98616/SP, **Relator: Min. DIAS TOFFOLI**, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 14/12/2010. 5. Ordem denegada.

positiva), mas demoniza certos grupos de infratores, sendo, portanto, um Direito Penal do autor[836].

Outro ponto anotado por Cancio Meliá refere-se ao fato de que a teoria do Direito Penal do inimigo ao levar em consideração a percepção social do risco, esquece-se de que esta não está relacionada com as dimensões reais de determinadas ameaças, ou seja, super dimensiona determinados fatos lesivos a certos bens jurídicos, como se estes fossem causar a destruição de toda a sociedade[837].

Silva Sánchez acolhe a teoria do Direito Penal do inimigo como um Direito Penal de terceira velocidade. O de primeira velocidade corresponde àquele Direito Penal que impõe penas graves, mas observando os princípios processuais penais clássicos. O de segunda velocidade impõe penas restritivas de direitos e pecuniárias, com flexibilização de princípios e regras processuais clássicas. O Direito Penal de terceira velocidade combina a aplicação de penas restritivas de liberdade com a flexibilização de regras de imputação e de princípios político-criminais[838].

Esse Direito Penal de terceira velocidade deve ser limitado no tempo e utilizado em situações excepcionais (fatos de emergência) aos imputáveis perigosos que negam os princípios políticos ou sócio-econômicos básicos da sociedade (ausência de segurança cognitiva mínima). Tal negativa por meio de atos como terrorismo e criminalidade organizada dificulta a coleta da prova, desestabilizando uma norma em concreto e o Direito como um todo, o que obrigaria ao recrudescimento das penas de prisão e flexibilização de garantias substantivas e processuais. A renúncia a princípios liberais constitucionais deve ocorrer em situações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia. Não

---

[836] JAKOBS, Günther. CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2003, p. 93-94.

[837] *Que concretamente en nuestras sociedades (Estados de Derecho actuales) en lo esencial - y, desde luego, en lo que se refiere a su posición en cuanto posibles infractores de normas penales - corresponde a todos los seres humanos en virtud de su condición humana; por ello, no puede haber «exclusión» sin ruptura del sistema.* JAKOBS, Günther. CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2003, p. 94-99.

[838] *Ahora bien ¿significa esto que no debe quedar espacio alguno para un Derecho penal de tercera velocidad? Esto es ya más discutible, si tenemos en cuenta la existencia, al menos, de fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado.*SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 163.

se trata, pois, de um não-direito, mas de um "mal menor", cujos pressupostos de regulação precisam ser revisados constantemente[839].

5.5 Crise do Direito Penal

Inicialmente, a palavra crise[840] representa uma solução de continuidade, a passagem de uma etapa, mas também indica incerteza, desorientação, ruptura de uma ordem. Para o Direito Penal, a palavra crise está relacionada com a sua fundamental e legitimação. Entretanto, essa incerteza não pode ser uma realidade permanente para a ciência penal, sob pena desta se tornar ininteligível e perder seu caráter científico. Para tanto é necessário entender a crise como algo co-natural[841] ao Direito Penal, ou seja, saber analisar a realidade mutável da sociedade por meio da crítica dos valores éticos, políticos. Ou seja, a crise não pode ser vista como algo negativo (destruidora da estrutura dogmática do Direito Penal), mas uma provação ao caráter científico penal[842].

Brandão, seguindo o pensamento de Zaffaroni[843], afirma que a crise do Direito Penal se dá pela alienação técnica do político e por causa da alienação política do técnico. A alienação técnica do político provoca a violação da proporcionalidade da pena, pois nos casos em que não há violação do bem

---

[839] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 165-167.

[840] Segundo o dicionário Houaiss, crise (do grego *krísis*) é a ação ou faculdade de distinguir, de julgar. HOUAISS, Antônio. *Grande dicionário da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: editora Objetiva, 2008, p. 872.

[841] (...)*se acoge aquí la hipótesis de que tomar la «crisis» como un fenómeno característico únicamente del Derecho Penal contemporáneo resulta incorrecto o, al menos, inexacto. La crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho Penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al Derecho Penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho. En ellos, en efecto, la antinomia entre libertad y seguridad (expresada en el ámbito penal en la tensión entre prevención y garantías, o incluso, si se quiere, entre legalidad y política criminal), empieza a no ser resuelta automáticamente en favor de la seguridad, de la prevención; así se detecta ya un principio de crisis, de tensión interna, que permanece en nuestros días.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 13.

[842] YACOBUCCI, Guilermano J. *El sentido de los principios penales. Su natureza y funciones en la argumentación penal.* Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2002, p. 27-30.

[843] ZAFFARONI, Raul Eugenio. *En torno de la cuestión penal.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2005, p. 75-77.

jurídico, a aplicação da pena será uma violação desproporcional (não justificada) de direitos fundamentais (toda pena é uma violação de direitos fundamentais)[844].

A vida na sociedade moderna dificilmente consegue uma cômoda estabilidade em relação a suas demandas punitivas, o que gera uma tensão expansiva do Direito Penal para servir como instrumento de controle social. A *situação insustentável do direito penal seria precisamente a conseqüência essencial do processo de modernização fragmentário e contraditório experimentado pelo sistema punitivo naquele "amadurecimento"*(...)[845].

Quanto maior for o rol de finalidades abarcadas pelo Direito Penal, maior será a necessidade de definir aquilo que o individualiza, com grande risco de se esquecer das suas peculiariedades[846]. Nessa linha, o Direito Penal deve buscar respostas factíveis diante das exigências teóricas e do saber prático que se apresentam no atual momento de expansão do fenômeno de criminalização.

A modernidade, em verdade, promoveu um desencantamento da realidade, culminando em sua plena racionalização, o que implica na negação de toda ordem transcendente à vontade ou consciência humana (a existência em geral e a convivência em particular são frutos da razão humana). A noção de verdade é substituída pela noção de certeza, como forma de se garantir metodologicamente a posição do sujeito frente ao objeto, de modo que à *medida que a consistência do objeto se desvanece, a certeza emerge da concordância, da convenção, do consenso ou do funcionalismo sistêmico..* O caráter normativo passa a ter uma função instrumental de controle, eficácia e utilidade, sem uma natureza humana[847] e sem fins naturalmente reconhecíveis, de modo que o Direito Penal não consegue encontrar legitimidade na natureza racional da

---

[844] BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.* Coimbra: Almedina, 2004, p. 244-245.

[845] SILVA SÁNCHEZ, José-Maria. *Prólogo a la edición espanõla.* In: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: editorial Comares, 2000, p. XII.

[846] KARGL, Walter. *Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho*. *Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena.* In: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: editorial Comares, 2000, p. 49.

[847] Roxin chama a atenção para a evolução da fundamentação do *jus puniendi* na Alemanha pós II Grande Guerra, partindo de uma função ética de raiz cristã, passando pelo princípio da lesividade e, em uma terceira fase, buscando uma prevenção geral assegurativa, assumindo por fim partido pela segunda fase. *Por las razones ya expuestas, un Derecho Penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible. Esto es: tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado social.* ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 17-31.

pessoa humana (impossibilidade de se encontrar justificação ou legitimidade nas condutas humanas), exceto no fato de que o homem quer domínio absoluto. A base social é fragmentada e inorgânica, de modo que o Direito Penal surge como mecanismo de poder (supostamente neutro) como instrumento de dominação social, carente de racionalidade material e fins humanos, mas reprodutor do sistema econômico excludente e estigmatizante, com duvidosa justificação empírica[848].

Com o Estado social de bem-estar, o Direito Penal passa a intervir para garantir programas públicos, metas administrativas, ou seja, o Estado se baseia em critérios político-administrativos (oportunidade e eficiência), com um esvaziamento da figura da vítima[849], pois a tutela penal aumenta em relação aos bens jurídicos supraindividuais. O cumprimento de metas torna-se o critério para a definição de tipos penais, cujos bens jurídicos (sem base social ou cultural) passam a pertencer de forma exclusiva ao Estado, e surgem como regulamentação de um setor econômico ou regulamentação de modos de organização (validez de normas) , colocando em crise a noção de bem jurídico na busca de uma coerência sistêmica[850].

Nessa esteira, Zaffaroni chama a atenção para o fato de que a ideia de Estado administrador da morte foi mudando para o de administrador da vida com a criação de uma burocracia para controlar a vida de seus súditos (instituições especializadas para organizar a vida da população). Com isso, o poder corporativo cresce e se traduz em discursos científicos, o qual aumenta à medida em que é funcional ao poder político e econômico[851].

A falta de segurança da resposta penal atual é decorrente do fato de que os discursos penais não cumprem em realidade a programação a que se

---

[848] YACOBUCCI, Guilermano J. *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal.* Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2002, p. 27-34-35.

[849] Eser afirma que o papel da vítima no conceito de delito, sob uma visão jusnaturalista do Direito Penal, foi eliminada ou desprezada a uma posição marginal. O crime, mais do que uma lesão à vítima, é uma infração ao contrato social. ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la vítima.* In: El bien jurídico en los análisis dogmáticos y políticos del Profesor Albin Eser. Santa Fé: Secretaria de Posgrado y Servicios a Terceros, 1999, p. 21-22.

[850] YACOBUCCI, Guilermano J. *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal.* Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2002, p. 27-37-38.

[851] ZAFFARONI, Raul Eugenio. *En torno de la cuestión penal.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2005, p. 21-25.

propõem (contradição entre o discurso jurídico penal e a realidade do sistema penal), mas funcionam como instrumento de controle social[852]. Como manifestação do poder social, o sistema penal perde sua legitimidade quando é exercido sem racionalidade, ou seja, quando não é exercido de acordo com o discurso jurídico-penal. Essa racionalidade tem como traços característicos: a coerência interna do discurso jurídico-penal (com fundamentação antropológica - a serviço do homem) e seu valor de verdade enquanto sua operatividade social (a criminalização de uma conduta deve ser um meio idôneo para a obtenção dos fins propostos em sociedade e que os órgãos do sistema penal ajam concretamente de acordo com as pautas estabelecidas pelo discurso jurídico-penal) . Nessa mesma linha, o sistema penal pode ser considerado legal se as agências de aplicação da lei penal usam seu poder conforme a programação legislativa expressa no discurso jurídico-penal[853].

5.5.1 Causas da desligitimação do Direito Penal

A falta de legitimidade do Direito Penal não é uma crise natural, decorrente de seu desenvolvimento, mas algo que tem relação com seu sentido e justificação como objeto e saber, ou seja, um descompasso entre critérios prévios de racionalidade (congruência com bens, normas, fins e valores dentro de um processo de justificação) e o momento material ou valorativo:

> em nossos dias, chegou-se ao entendimento de que o direito penal é um conhecimento prático, com uma verdade própria que envolve a realização de certos bens ou propósitos, para os quais a aceitação de uma fundação objetiva e universalizável ainda não foi alcançada. . O direito penal não sofreu uma crise semelhante, porque de uma forma ou de outra conseguiu obscurecer seu verdadeiro status epistemológico, adotando critérios de cientificidade que expeliram os valores relativos do centro do conhecimento. Em nossos dias, como demonstrado, essa ocultação se torna impossível; em toda parte aparecem e manifestam as referências teleológicas, avaliativas, prudenciais e concretas[854].

---

[852] *La selectividad, la reproducción de la violencia, el condicionamiento de mayores conductas lesivas, la corrupción institucional, la concentración de poder, la verticalización social y la destrucción de las relaciones horizontales o comunitarias, no son características coyunturales, sino estructurales del ejercicio de poder de todos los sistemas penales.* ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *En busca de las penas perdidas.* Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 19.

[853] ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *En busca de las penas perdidas.* Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 20-25.

[854] YACOBUCCI, Guilermano J. *El sentido de los princípios penales. Su natureza y funciones en la argumentación penal.* Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2002, p. 27-53-54.

Dentre as fontes causadoras da perda de legitimidade do Direito Penal e desprestígio dos discursos jurídico-penais, Zaffaroni aponta inicialmente para o uso de teorias antropológicas anacrônicas como o caso do positivismo, das teorias kantianas e hegelianas e neo-idealista. O anacronismo reside no fato de que para a antropologia positivista, o homem é um ser determinado causalmente, o que leva à criação de medidas penais neutralizantes. Para os kantianos, o homem é sempre livre e elege seus atos de acordo com sua consciência, o que admitiria a criação de penas retributivas. Segundo os hegelianos, o homem é livre, desde que não seja considerado "diferente", quando então sua liberdade é potencial, com aplicação de medidas neutralizantes em conjunto (sistema vicariante) com penas retributivas. Já os neo-idealistas (gentilianos), o homem sempre está em certa medida determinado e livre, com acumulação de penas retributivas e medidas neutralizantes em "via dupla". Em todas essas teorias há um componente ideológico, como o discurso racista neo-colonialista (positivismo), despotismo esclarecido (kantianismo), etnocentrismo colonialista (hegelianismo), fascismo italiano (gentilismo). Além disso, o discurso jurídico-penal não funciona com os dados concretos da realidade social, baseando-se em ficções como o contrato social (imaginária guerra de todos contra todos) e o paradigma do organicismo, onde a sociedade é um organismo cujas células especialmente preparadas para decidir, agem em nome da maioria[855].

Pavarini, analisa a deslegitimação do Direito Penal a partir do clima de transformações e involuções do Estado de Direito nos anos setenta, com os movimentos operários e estundantis que questionavam os modos como se produziam as relações sociais e de classe[856]. Trata-se de um momento coincidente com a crise econômica do modelo de Estado de bem-estar, que agora se vê obrigado a promover uma nova forma de controle social face ao aumento do número de excluídos do sistema de produção capitalista. A função assistencial do Estado não é mais capaz de satisfazer as novas e crescentes necessidades da população marginalizada e não pode garantir a paz social em

---

[855] ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *En busca de las penas perdidas.* Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 50-53.

[856] PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002, p. 13.

troca do aumento das cobranças por maior produção econômica, com a produção de uma crise fiscal e degradação constante do aparato assistencial, diminuição dos níveis de sobrevivência das classes e setores excluídos e aumento da conflitividade e desordem social[857].

Pavarini mostra que o florescimento da criminologia moderna, apoiada pela sociologia do desvio, foi decorrente da expansão econômica no pós II Guerra Mundial, quando se acreditava que a riqueza produzida poderia solucionar todos os problemas em sociedade, de modo que o pensamento criminológico (estrutural-funcionalista) havia encontrado sua legitimidade no pensamento progressista de justiça social na luta contra a criminalidade. Entretanto, com a mencionada crise econômica do Estado de bem-estar não havia mais espaço para conjugar aquela fase do capitalismo com o reformismo social, com uma política criminal reduzida ao controle das ruas e consequente atrofiamento do saber criminológico dentro de uma campanha de lei e ordem e combate à criminalidade dos poderosos (colarinhos brancos). O momento atual é marcado pela "má consciência do bom criminólogo", ou seja, a ideia de um criminólogo de boa fé caducou definitivamente, diante das evidências que a sociedade não podia ser mais explicada com base na vontade da maioria e de que as definições legais de criminalidade e desvio não coincidem com a opinião da maioria no que concerne àquilo que é considerado justo ou injusto. Na verdade, os conceitos de criminalidade e desvio têm origem política, dentro da relação de poder e hegemonia em sociedade[858].

Baratta, por seu turno, parte de diversas escolas positivistas, psicológicas, estrutural-funcional, subculturas criminais, apontando em cada uma delas a crise de legitimidade do Direito Penal. Para ele, a criminologia moderna desde os anos trinta vem superando as teorias patológicas (características biológicas e psicológicas) da criminalidade, próprias do positivismo, buscando os fatores que determinavam o comportamento criminoso. Para a escola liberal clássica, o crime não é fruto de uma determinação patológica (o criminoso não era diferente do indivíduo normal), mas de um

---

[857] PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002, p. 79-80.
[858] PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002, p. 168-171.

comportamento voluntário que viola o direito e o pacto social. A pena é instrumento legal para proteger a sociedade, limitada pelos princípios da legalidade e da necessidade. Por outro lado, a teoria da defesa social, nascida no seio da revolução burguesa, tem como princípios: a legitimidade do Estado (como expressão da sociedade para reprimir a criminalidade; a consideração do delito como um dano social e como expressão de uma atitude interior reprovável, contrária aos valores e normas sociais; a pena como forma de prevenir o crime; aplicação igualitária da pena a todos os criminosos; o Direito Penal serve para proteger os interesses comuns dos cidadãos e somente uma parte dos delitos representa violação de interesses políticos ou econômicos[859].

Segundo as teorias psicoanalíticas da sociedade punitiva, a repressão do crime não suprime os instintos delitivos, mas apenas os sedimentam no inconsciente. A pena serve à satisfação da necessidade inconsciente de castigo a uma ação proibida e à necessidade da sociedade de castigar mediante sua inconsciente identificação com o criminoso (efeito de catarse da pena). A pena retributiva tem seu correspondente nos autocastigos inconscientes dos neuróticos e as teorias de prevenção tem suas raízes psicológicas na culpa, ou seja, desejam prevenir o crime infundindo na sociedade um sentimento de culpa que precede ao delito.

Para Baratta, tais teorias deslegitimam o discurso penal na medida em que:

> A função psicossocial que eles atribuem à reação punitiva torna possível interpretar como mistificação racionalizadora as pretensas funções preventivas, defensivas e éticas nas quais a ideologia da defesa social (princípio da legitimidade) e, em geral, qualquer ideologia criminal são sustentadas. De acordo com as teorias psicanalíticas da sociedade punitiva, a reação criminosa ao comportamento criminoso não tem a função de eliminar ou circunscrever a criminalidade, mas corresponde a mecanismos psicológicos antes dos quais o desvio criminalizado aparece como necessário e ineliminável para a sociedade[860].

A teoria estrutural-funcionalista afirma que as causas do desvio criminoso não são biopsíquicas ou naturais, mas um fenômeno normal de toda sociedade, sendo que quando esse desvio supera certos limites, colocando em

---

[859] BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociologia jurídico-penal.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 21-37.
[860] BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 45.

risco o desenvolvimento da estrutura social ocorre um estado de desorganização, com perda de valor do sistema de regras de conduta. Coloca-se em dúvida o princípio do bem e do mal, uma vez que a estrutura social não só reprime, mas também estimula o comportamento individual. O delito é uma possível contradição entre a estrutura social e a cultura, ou seja, uma *incongruência entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos disponíveis ao indivíduo para alcançá-los...* A estrutura social não permite, na mesma medida, um comportamento de acordo com os valores e normas sociais a todos os membros da comunidade [861].

A chamada teoria das subculturas criminais tem por objetivo explicar a forma como as subculturas criminais se comunicam com os jovens deliquentes, nega o princípio da culpabilidade, colocando-se em oposição à teoria da defesa social. O delito não é uma expressão contrária a valores e a normas sociais, uma vez que existem valores e normas específicos de cada subcultura:

> Não existe, então, um sistema de valores, ou o sistema de valores, diante do qual o indivíduo é livre de determinar, sendo a atitude daqueles que, sendo capazes, não podem "determinar por valor", como quer uma concepção antropológica. da culpa, face especialmente à doutrina penal alemã (concepção normativa, concepção finalista). Pelo contrário, a estratificação e o pluralismo dos grupos sociais, bem como as reações típicas de grupos socialmente excluídos do pleno acesso a meios legítimos para a busca de fins institucionais, dão origem a um pluralismo de subgrupos culturais, alguns deles rigidamente fechados. diante do sistema institucional de valores e normas, e caracterizado por valores, normas e modelos de comportamento alternativos àquele[862].

Zaffaroni[863] aponta que o maior fator deslegitimante do sistema penal se dá por meio do interacionismo simbólico[864], o qual desvela o verdadeiro papel

---

[861] BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 60-61.
[862] BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 71.
[863] ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *En busca de las penas perdidas.* Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 64-65.
[864] *Según el interaccionismo simbólico, la sociedade - esto es, la realidad social - está constituida por una infinidad de interacciones concretas entre individuos, a quienes un proceso de tipificación confiere un significado que es abstraído de las situaciones concretas, y continúa extendiéndose por medio del lenguaje. Asimismo, según la etnometodología la sociedad no es una realidad que pueda ser conocida sobre el plano objetivo, sino como producto de una "construcción social", obtenido gracias a un proceso de definiciones y de tipificaciones por parte de individuos y de grupos diversos. Y en consecuencia, según el interaccionismo y la etnometodología, estudiar la realidad social (por ejemplo, la desviación) sinifica esencialmente estudiar estos procesos partiendo delos que se aplican a simples comportamientos y llegando hasta las construcciones más complejas, como la propia concepción del orden social.* BARATTA, Alessandro.

do sistema penal (prisão), que é o de conservação e reprodução da realidade social:

> A homogeneidade do sistema escolar e do sistema penal corresponde ao fato de que ambos desempenham essencialmente a mesma função de reproduzir as relações sociais e manter a estrutura vertical da sociedade, criando, em particular, contra-impulsos efetivos à integração das camadas inferiores e marginalizados do proletariado, ou mesmo colocando em ação os processos de marginalização. É por isso que encontramos no sistema penal, em relação aos indivíduos dos estratos sociais mais fracos, os mesmos mecanismos de discriminação presentes no sistema escolar.[865].

Trata-se de um processo de etiquetamento em que o indivíduo assume de vez o seu papel de marginalizado, percebendo-se que o desvio não é algo que precede às definições e reações sociais, mas é construído um *status* social atribuído através de processos formais e informais.

5.6 Globalização e Direito Penal

O fenômeno da globalização influi na exigência de um Direito Penal que seja capaz de dar respostas imediatas e eficazes para a questão da criminalidade, o que implica não na elaboração de um sistema, mas no atendimento de exigências do poder político-econômico e da relativização de garantias materiais e processuais[866].

Com a evolução dos meios de comunicação e de informação, os horrores das guerras e do terrorismo passam a chamar com mais vigor a atenção da comunidade internacional em relação à proteção dos direitos humanos, o que implica, no campo penal, na aplicação de sanções dentro e fora dos territórios onde as violações dos citados direitos tenham ocorrido. A internacionalização do Direito Penal surge com a definição de delitos que afetam valores como a paz, a integridade da comunidade internacional, como no caso do genocídio, em que

---

Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociologia jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 85-86.

[865] BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociologia jurídico-penal.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 184.

[866] CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. *Algumas cuestiones sobre el derecho penal de la globalización em el planteamineto del professor Jesús-Maria Silva Sánchez.* In: ROBLES PLANAS, Ricardo. GUTIÉRREZ, Pablo Sánchez-Ortiz. *La crisis del Derecho penal contemporâneo.* Barcelona: Atelier, 2010, p. 165.166.

os bens jurídicos pertencem a toda humanidade, havendo obrigação de todo Estado (*jus cogens*) em reprimir tais espécies de crimes[867].

Com fim das tensões entre ocidente e oriente dos tempos da "guerra fria", os delitos internacionais são "nacionalizados", ou seja, há uma difusão do princípio da justiça universal, da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade[868], cujos tribunais regionais passam a julgar referidos delitos, podendo ser citados os casos do Timor-Leste (2002), Iraque (2003), a criação do Tribunal Penal Internacional, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos[869].

A partir daí surge o questionamento sobre a possibilidade de existência de um Direito Penal supracultural e supranacional (no caso de comunidades econômicas, como é o caso da União Européia). Na prática, a criação do Tribunal Penal Internacional[870] por meio da Convenção de Viena demonstra pelo menos a busca por um mínimo que possa ser considerado universal para o estabelecimento de garantias ao homem, pelo simples fato de deste ser uma pessoa (são pré-existentes ao estabelecimento de qualquer normatização). A política criminal nesse contexto[871], deve buscar um conceito objetivo de personalidade, dignidade e direitos fundamentais, mesmo no seio de

---

[867] GÓMEZ DE LA TORRE; Ignacio Berdugo. *Viejo y nuevo Derecho Penal.* Madrid: Iustrel, 2012, p, 125-127.

[868] No Brasil, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a Lei 6683, de 28 de agosto de 1979, a qual concedeu perdão aos representantes do Estado acusados de cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares durante o regime militar. Fonte: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515. Acesso em 25 de fevereiro de 2018.

[869] Segundo GÓMEZ DE LA TORRE, haveria três manifestações da internacionalização do Direito Penal: o primeiro representado pelos delitos internacionais, cujos Estados nacionais têm a obrigação de reprimir, havendo uma coexistência entre jurisdição nacional e internacional; o grupo dos delitos transfronteiriços, que mantém a soberania nacional por meio de colaboração processual entre os Estados; e aqueles crimes resultantes da violação de interesses comuns de uma comunidade econômica. GÓMEZ DE LA TORRE; Ignacio Berdugo. *Viejo y nuevo Derecho Penal.* Madrid: Iustrel, 2012, p, 131-158.

[870] A Constituição da República de 1988 estabelece em seu artigo 5°, § 4º que *O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.* O Tribunal Penal Internacional foi criado pelo Estado de Roma de 2002 de 20 de julho de 2002, sendo este último incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

[871] *El discurso político-criminal de la reforma assume así dos referentes de racionalidade: uno empírico, de eficácia, y outro valorativo, de garantias.* Silva Sánchez, José-Maria. *Reflexiones sobre las bases de la política criminal.* Universidad Catolica del Norte: Revista de Derecho n°8-2001, p. 192.

uma sociedade multicultural e o reconhecimento de direitos de caráter coletivo[872].

A definição desse mínimo que deve ser alvo de proteção do Direito Penal em um contexto de universalidade deve partir da racionalidade que vem dos critérios de necessidade e proporcionalidade (utilização do Direito Penal de forma subsidiária aos outros instrumentos de controle social e de forma menos danosa ao indivíduo), baseados em critérios de valoração que gozem de valor universal, ou seja, reconhecer princípios indisponíveis[873].

Silva Sánchez aponta como desafios do Direito Penal contemporâneo a internacionalização e a uniformização em países que possuem um horizonte valorativo comum (vigência objetiv dos direitos fundamentais da pessoa), o que implicaria em desafios científicos e políticos. No caso da internacionalização, envolve a questão (desafio científico) de a dogmática ser ou não nacional, enquanto que a uniformização envolve a valoração da práxis político-criminal intervencionista (desafio político)[874].

Inicialmente, a dogmática não poderia ter caráter nacional, porquanto não por estudo de um Direito Penal específico de um país, referindo-se a objetos permanentes no tempo e no espaço, quais sejam: as estruturas lógico-objetivas e as estruturas de imputação. A dogmática é, em princípio, valorativamente neutra, uma vez que possui elementos ontológicos e estruturais, frente aos quais não caberia exceção cultural de determinado país, embora não se possa excluir de seu conteúdo a valoração, ou seja, a maneira particular de se ver o mundo[875].

---

[872] *Con este trasfondo no es exagerado decir, que no sólo se ha consolida-do el Derecho penal internacional como sistema de Derecho penal de la Comunidad internacional^, sino que también se ha ampliado su ámbito normativo, más allá de los fimdamentos jurídicos materiales, a otros sectores penales accesorios (derecho sancionatório, ejecución de la pena, cooperación y asistencia judicial), al Derecho procesal y de organización de los tribunales. Con ello no sólo estamos ante un Ordenamiento penal internacional nuevo y autónomo, sino también ante uno que, por lo menos en lo que se refiere a las violaciones más graves de los derechos humanos, es completo...*AMBOS, Kai. *La intemacionalización del Derecho penal y América Latina.* In:LOSANO, Mario G. MUÑOZ CONDE, Francisco (Coordinadores). EL DERECHO ANTE LA GLOBALIZACION Y EL TERRORISMO. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 48

[873] *¿ Hay conductas que necessariamente deben ser proibidas bajo pena (y eventualmente bajouna pena determinada)? Y, viceversa, ¿ hay conductas que de ningún modo pueden serprohibidas bajo pena?* Silva Sánchez, José-Maria. *Reflexiones sobre las bases de la política criminal.* Universidad Catolica del Norte: Revista de Derecho n°8-2001, p. 196.

[874] Silva Sánchez, José-Maria. *Retos científicos y retos políticos de la ciência del Derecho penal.* Revista de Derecho penal y criminologia, 2ª Epoca, numero 9 (2000), p. 83.

[875] Silva Sánchez, José-Maria. *Retos científicos y retos políticos de la ciência del Derecho Penal.* Revista de Derecho *Penal* y Criminología, 2ª Epoca, numero 9 (2000), p. 84-85.

Com efeito, haveria um mínimo universal comum no que se refere à proteção de direitos fundamentais ligados à pessoa, de modo que o Direito Penal funciona como instrumento de estabilização dos sistemas sociais:

> O desafio que o Direito Penal assume com tudo isso é de grande profundidade: filosófico, porque nele está em jogo o conceito que se tem sobre a natureza da pessoa e a dignidade inerente; e política, porque, na prática, isso implica legitimar procedimentos universais de justiça, bem como a interferência em outras sociedades[876].

Por outro lado, a dogmática não pode se fechar à influência dos argumentos da política-criminal[877], ou seja, deve estar sensível à realidade social, até porque a teoria do delito é um sistema incompleto na atualidade, porque não promoveu ainda a reunião dos elementos constitucionais, processuais e de determinação da pena. Em outras palavras, existe uma vinculação da dogmática com a política criminal[878] para a promoção de funções concretas em sociedade, introduzindo um discurso racional na esfera de liberdade das pessoas[879]. Ao se vincular a dogmática com a política criminal, está-se conectando a dogmática com o modelo de Estado e a finalidade que este persegue por meio do Direito Penal.

5.7 Bens jurídicos e delitos de obstáculo

Como se verá com maior profundidade no próximo capítulo, a moderna sociedade do risco tem se valido com frequência do Direito Penal para manter o atual estágio de progresso tecnológico conquistado. O Direito Penal,

---

[876] Silva Sánchez, José-Maria. *Retos científicos y retos políticos de la ciência del Derecho Penal.* Revista de Derecho *Penal* y Criminología, 2ª Epoca, numero 9 (2000), p. 87.

[877] *Desde luego, una Dogmática basada sólo en pretendidos datos ontológicos podrá ser todo lo neutra ideológicamente que se quiera, pero el objeto de referencia de la misma, el Derecho Penal, no lo es en absoluto, sino que, como el propio WELZEL reconoce, es el sector más ideologizado de todas las ramas del Derecho.* MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo.* 4ª edición revista y ampliada. Valencia: Tirant lo Blnach, 2003, p. 100.

[878] Roxin prega *la vinculación del sistema del Derecho Penal a las valoraciones político-criminales, y la necesidad de elaborarlas distintas categorías de laTeoría del Delito en función de los principios político-criminales que las informan: el principio de legalidad y la función motivadora preventiva general en la tipicidad; los principios de política social para la solución de los conflictos en las causas de justificación; la necesidad de pena tanto desde el punto de vista preventivo general, como especial, que debe añadirse a culpabilidad y servir de fundamento de la responsabilidad penal.* ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del Derecho *Penal*. Buenos Aires: editorial Hamurabi SRL, 2002, p. 12.

[879] Silva Sánchez, José-Maria. *Retos científicos y retos políticos de la ciência del Derecho Penal.* Revista de Derecho *Penal* y criminologia, 2ª Epoca, numero 9 (2000), p. 91-100.

por meio do uso intenso de normas de perigo abstrato, torna-se o primeiro instrumento, rápido e barato, para a satisfação das mais variadas demandas sociais.

Dessa forma, os delitos de obstáculo são uma das formas de antecipação da criminalização de condutas, ao lado de outras técnicas, como os crimes de perigo, tipificação de atos preparatórios.

Cuesta Pastor[880] aponta uma importante dificuldade de compatibilização dentro dos modernos Estados democráticos: ao mesmo que estes se caracterizam pela redução do Direito Penal ao mínimo necessário (por meio do princípio da intervenção mínima), a função assistencial e de fomento (procura do bem-estar e proteção dos cidadãos) tem levado ao aumento da atividade repressiva.

Para esse autor, o bem jurídico não pode ser visto como algo estático, mas como unidades funcionais sem as quais, a sociedade, em sua estrutura concreta, não poderia existir, transcendendo assim ao sistema jurídico-penal, e corresponde ao modelo de sociedade. A busca por um bem jurídico pleno de valor deve partir da realidade social como um valor, em determinado momento histórico. Um conceito dogmático de bem jurídico não seria capaz de limitar o poder punitivo estatal, mas um conceito político-criminal que leve em consideração a importância social e a necessidade de proteção pelo Direito Penal[881].

Os delitos de obstáculo encontram-se dentro do fenômeno de criminalização antecipada, pois tipificam como crime condutas em um momento anterior à lesão do bem jurídico protegido e antes mesmo da existência de um perigo concreto para o bem jurídico. É um estágio prévio aos delitos de perigo abstrato. Dessa forma, prossegue Cuesta Pastor:

> O crime de impedimento pune a chamada "premissa ideal", isto é, atos que são necessários para a prática de um ato criminoso subseqüente, que é o que deve ser evitado. Portanto, configuram-se como um verdadeiro "obstáculo" para que não ocorram futuros atos criminosos, que são o que realmente causam dano ao bem jurídico[882].

---

[880] CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos de obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico.* Granada: Editorial Comares, 2002, p. 06.
[881] CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos de obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico.* Granada: Editorial Comares, 2002, p. 15-16.
[882] CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos de obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico.* Granada: Editorial Comares, 2002, p. 40.

Os delitos de obstáculo são uma figura de prevenção (sem risco), de modo que a lesão ao bem jurídico (de especial significado ou constitucionalmente relevante) se mostra como idônea para a produção do dano ao outro interesse, posteriormente. Antecipa-se a própria lesão a bens jurídicos de caráter formal, que não representam bens de primeira magnitude, ou seja, coincidem com o controle do Estado sobre determinadas atividades. *Assim, podemos dizer que existe um "objeto jurídico" que é atacado, sem produzir "ofensa" para o bem jurídico-penal, enquanto bem com entidade material* [883]*.* Não se exige a ocorrência de um perigo concreto ou real para o bem jurídico. Além disso, o perigo abstrato é uma presunção legislativa elaborada *ex ante* de que certa conduta é perigosa para o bem jurídico.

Trata-se, pois, de uma ameaça remota, indireta (perigo subjetivo e não objetivo) com a criminalização de atos preparatórios, antecipando-se a barreira defensiva do Direito Penal, não se incluindo os delitos de obstáculos entre os de risco, uma vez que o injusto exige a produção de um dano ao bem jurídico, ainda que formal. É um passo anterior aos crimes de perigo abstrato, pois não se requer perigo de nenhum bem em concreto, face às necessidades de prevenção em geral[884].

Nessa linha de exposição, Cuesta Partor[885] chama a atenção para o fato de que os atos preparatórios podem implicar na criminalização de atos preparatórios; pode ocorrer também a criminalização da tentativa inidônea, aquela em que falta aptidão para lesionar o bem jurídico, pois nos delitos de obstáculo não existe uma idoneidade objetiva da ação para produzir um dano ao bem jurídico. Dessa forma, somente em ocasiões excepcionais (controle do Estado sobre determinadas substâncias, matérias ou atividades) a técnica dos delitos de obstáculo poderia ser utilizada, pois se abre uma evidente exceção ao princípio da lesividade em favor da prevenção geral.

---

[883] CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos de obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico.* Granada: Editorial Comares, 2002, p. 42.
[884] CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos de obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico.* Granada: Editorial Comares, 2002, p. 43-45.
[885] CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos de obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico.* Granada: Editorial Comares, 2002, p. 45-46.

Vê-se, portanto, que há um adiantamento da barreira defensiva do Direito Penal, excepcionando o princípio da ofensividade, o qual deixa de ser absoluto em certas hipóteses que serão resultado de uma ponderação em benefício daquilo que seja socialmente útil: conjugação do princípio da lesividade com a necessidade de prevenção geral[886].

Mas quais bens poderiam ser incluídos nessa exceção do uso dos delitos de obstáculo?

Cuesta Partor[887] aponta como características devem ser bens de titularidade individual ou supraindividual, neste último caso, dotados de certa estabilidade e que fazem parte do núcleo essencial da Constituição (direitos fundamentais da pessoa e princípios reitores do sistema político e social) ou que são consequência imediata daquele núcleo. Fora disso, o legislador não estaria legitimado a utilizar o Direito Penal como forma de proteção de bens jurídicos por meio da técnica dos delitos de obstáculo.

---

[886] CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos de obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico.* Granada: Editorial Comares, 2002, p. 58.
[887] CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos de obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico.* Granada: Editorial Comares, 2002, p. 111 e seguintes.

CAPÍTULO VI
DELIMITAÇÃO DAS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

6.1 Critérios de escolha legislativa para proteção penal: o que pode ou não ser considerado bem jurídico

A decisão pelo que deve ou não ser protegido pelo Direito Penal não é neutra, ao contrário: representa uma escolha política, limitada pelas ideologias estruturais para o adequado funcionamento do sistema social (envolvendo interesses dos mais variados matizes, como o econômico, por exemplo). Entretanto, Hormazabal Malarée observa que em um Estado Democrático de Direito deve-se levar em consideração, antes, as necessidades dos indivíduos, passando assim a diferenciar os bens jurídicos que servem de base para o sistema e aqueles que atuação para o funcionamento deste. Dessa forma, os bens jurídicos não giram exclusivamente em torno de determinados indivíduos ou coletividade, mas também em razão da existência ou funcionamento de um sistema de relações sociais:

> Os bens jurídicos não giram exclusivamente em torno de um indivíduo ou de uma coletividade considerada como um todo, mas estão localizados na base da existência ou funcionamento de um sistema democrático de relações sociais, isto é, de ligações entre pessoas em condições de liberdade e dignidade.
> É por isso que parece mais apropriado distinguir entre os bens jurídicos relacionados às bases e condições de subsistência do sistema e aqueles relacionados à operação do sistema. Os primeiros são constituídos em um Estado social e democrático de direito pela pessoa e sua dignidade. Esses bens jurídicos têm um caráter microssocial, uma vez que a partir deles toda a estrutura social pode ser constituída. Estes incluem vida, saúde individual, liberdade, honra. Os segundos têm um caráter macrossocial. Trata-se de proteger com eles os processos ou funções que devem ser cumpridos o sistema para que as relações microssociais possam ocorrer[888]

Sob uma perspectiva pessoal do bem jurídico, este é uma concretização dos valores constitucionais relacionados com os direitos fundamentais. Entretanto, os bens jurídicos não se apresentam histórica e socialmente imutáveis no tempo, mas variam de acordo com as necessidades

---

[888] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 154-155.

de cada momento. Assim, os bens jurídicos não podem representar um conceito fechado ou automático, o que comprometeria sua função político-criminal, mas devem ser um padrão crítico de verificação da legitimidade do Direito Penal[889].

Em um Estado Democrático de Direito a escolha do bem jurídico penal deve ser pautada em participação política da sociedade, à medida em que esta solicita a intervenção penal[890].

Com fulcro em Therborn e Terradilos Basoco, Hormazabal Malarée busca os elementos de uma teoria material do bem jurídico na ideia de ideologias existente em socidade e na satisfação de necessidades humanas, respectivamente.

Segundo Therborn, no bojo das relações sociais existem diferentes ideologiais, as quais passam por um enfretamento dialético, no exercício da participação democrática. Tais ideologias funcionam em uma certa desordem: *eles não funcionam como corpos de pensamento que possuímos e que aplicamos às nossas ações, nem como textos elaborados que apresentam pensamento...”*[891]. Tais ideologias devem ser vistas como processos sociais em curso, de modo que não constituem estado de ânimo, mas agem construindo e reconstruindo a identidade das pessoas.

Therborn ao discorrer sobre as dimensões da subjetividade humana (estrutura do universo ideológico), utiliza o parâmetro *inclusivo-histórico:* através delas *os seres humanos são constituídos como membros conscientes de alguns mundos sócio-históricos ... como da tribo, do povo, do grupo étnico, do estado, da nação, da Igreja* [892].

Hormazabal Malarée se vale desse conceito para afirmar que as ideologias de caráter inclusivo-histórico é que possuem reflexo na construção do bem jurídico penal, pois as ideologias estruturantes do poder em sociedade

---

[889] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual.* Revista Liberdades, n° 1, maio- agosto de 2009, p. 21.

[890] *Desde luego, una política penal en una sociedad democrática fundada en la protección de bienes jurídicos no puede perder de vista al hombre y sus derechos fundamentales. Ello implica que el hombre no puede ser objeto de manipulación, transformarse en un medio, sino que tiene que ser el fin dentro del proceso democrático.* HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 156.

[891] THERBORN Göran: *La ideología del poder y el poder de la ideología*. Siglo veintiuno de España editores, SA. Madrid: 1987, p. 63.

[892] THERBORN Göran: *La ideología del poder y el poder de la ideología*. Siglo veintiuno de España editores, SA. Madrid: 1987, p. 21.

selecionarão os objetos de proteção[893]. Ou seja, a classe política burguesa irá definir o que bom ou mau, o que é possível ou impossível politicamente[894].

Desta forma, adverte Hormazabal Malarée que é necessário ver a realidade oculta, aquilo que a norma penal está concretamente a proteger, superando o discurso ideológico, que deve estar de acordo com os interesses protegidos no Estado Democrático de Direito [895].

Roxin[896] afirma que não podem ser objeto de proteção penal:

- normas penais motivadas por ideologias ou atentem contra direitos humanos e fundamentais;

- a mera delimitação da finalidade da lei, de modo que não se distinga o excesso do não excesso, prejudicando a coexistência livre e pacífica das pessoas;

- as questões morais e os tabus;

- lesão da própria dignidade (como no caso de manipulação genética) e a autolesão;

- proteção de certos sentimentos, quando estes não são causa de insegurança na população (por exemplo, são puníveis atos exibicionistas, porque causam medo de ataques sexuais);

- normas simbólicas, que visam à proteção de interesses extrapenais;

- objetos de abstração inapreensível, como a "paz pública", pois não é suficientemente concreto, devendo-se renunciar a conceitos genéricos.

Quanto a Terradilos, a satisfação de necessidades é um critério de determinação do objeto da tutela jurídico-penal. Para esse autor, o legislador submete-se a uma concepção material ou substancial do delito para a

---

[893] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 154-159.

[894] THERBORN Göran: *La ideología del poder y el poder de la ideología*. Siglo veintiuno de España editores, SA. Madrid: 1987, p. 21.

[895] *De esta forma el derecho penal en un Estado social y democrático de derecho si bien debe proteger estos bienes jurídicos por exigencias estructurales, no está en condiciones de hacerlo en forma absoluta. Por encima de las formulaciones ideológicas y tomando en cuenta la posición concreta de los individuos en la relación social concreta protegida, sólo puede dar una protección selectiva que considere la función social que la Constitución le atribuye a estos derechos.* HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 154-165.

[896] ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidade del Derecho Penal? In: La teoría del bien jurídico. HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 449-452.

criminalização de condutas. Para tanto, deve contar com a participação popular: *é precisamente esse fundamento, tão profundo quanto possível, que nos permitirá calibrar a "gênese, significado e legitimidade" de cada opção político-penal* [897].

O Direito Penal deve estar voltado para opor-se às condutas mais graves que ataquem os bens sociais imprescindíveis, não pode servir a fins transcendentes ou como *standart* ideológico, sob pena de se tornar mero instrumento de controle social[898]. O bem jurídico possui importante função exegética e sistemática, uma vez que dá conteúdo à tipicidade e à antijuridicidade e serve como instrumento interpretativo (razão das disposições legais), porém sem caráter de limitação do legislador. Nessa linha, o bem jurídico não é criado pelo Direito, mas reconhecido por este como digno de proteção[899].

A proteção de interesses, segundo Terradillos, é um meio justo de resolução de conflitos sociais, pois os interesses são um produto histórico, social, uma manifestação da diversidade existente em sociedade. Para aquele autor, compete ao Direito Penal a proteção das condições de satisfação das necessidades existenciais em sociedade[900].

Terradilos utiliza o conceito de necessidade formulado por Heller, segundo o qual as necessidades naturais (*necessárias*), refletem a manutenção da vida, sem as quais o homem não pode se conservar, de modo que também são necessidades naturais:

> necessidades naturais "e" socialmente determinadas "necessidades (sinônimo do primeiro são muitas vezes" necessidades físicas ", Necessidades "necessárias"; as últimas correspondem a "necessidades sociais", pelo menos no sentido amplo da palavra[901].

---

[897] TERRADILOS BASOCO, Juan. *La satisfación de necesidades como critério de determinación del objeto de tutela jurídico-penal.* Revista de la Faculdad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 63: Madrid: 1981, p. 125.
[898] TERRADILOS BASOCO, Juan. *La satisfación de necesidades como critério de determinación del objeto de tutela jurídico-penal.* Revista de la Faculdad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 63: Madrid: 1981, p. 127.
[899] TERRADILOS BASOCO, Juan. *La satisfación de necesidades como critério de determinación del objeto de tutela jurídico-penal.* Revista de la Faculdad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 63: Madrid: 1981, p. 128-129.
[900] TERRADILOS BASOCO, Juan. *La satisfación de necesidades como critério de determinación del objeto de tutela jurídico-penal.* Revista de la Faculdad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 63: Madrid: 1981, p. 139.
[901] HELLER, Agner. *Teorías de las necesidades en Marx. 2ª Ed.* Ediciones Península: Barcelona, 1986, p. 28.

Interpreta Hormazabal Malarée que o conceito de necessidade associado ao Direito Penal restringirá o campo de atuação deste à proteção de condições para a satisfação de necessidades:

> Assim, as relações sociais concretas protegidas pelo direito penal devem ser aquelas que estão em função do desenvolvimento dessas necessidades. O direito penal cumprirá essa tarefa em um duplo sentido. Em um sentido positivo, proteger por meio de proibições ou determinar as relações sociais específicas que afetam diretamente a satisfação das necessidades. Em sentido negativo, não proibir comportamentos cujo objetivo seja a satisfação de necessidades no marco legal de um Estado social e democrático de direito.[902].

Considerando que a Constituição democrática possui a previsão de uma série de necessidades, individuais e coletivas, o texto Magno se apresenta como orientador para o estabelecimento de bens jurídicos (proteção de necessidades existenciais). Dessa forma, a ideia de necessidade humana e danosidade social colocam o homem como titular de liberdade e dignidade frente ao poder estatal, em que o Direito Penal democrático deve funcionar como instrumento de proteção contra condutas gravemente intoleráveis, sendo indiferente com aquelas que não afetam as condições sociais de existência.

6.2 Determinações constitucionais expressas e implícitas de proteção de bens jurídicos por meio do Direito Penal

A evolução dos direitos fundamentais não se deu em um só jato, mas de forma lenta e gradual, surgindo assim o seu estudo em gerações ou atualmente em dimensões: primeira a quarta dimensões. Os de primeira dimensão correspondem aos direitos civis e políticos dos indivíduos, em que a máxima do liberalismo pregava a abstenção do Estado face à liberdade privada dos seus cidadãos. Os direitos de segunda dimensão são de natureza social, econômica, cultural, pertencentes a toda coletividade e exigem prestações positivas do Estado. São característicos da primeira metade do século XX, após a Primeira Guerra Mundial. Os direitos de terceira dimensão estão vinculados à ideia de progresso, ao direito de comunicação, autodeterminação dos povos,

---

[902] HORMAZABAL MALARÉE, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 154-162.

enquanto que os de quarta dimensão correspondem ao direito ao pluralismo, informação e democracia[903].

Nessa linha, as disposições expressas ou tácitas de incriminar estão aliadas às Constituições que preveem direitos de segunda e terceira dimensões, ou seja, de natureza social, econômica, cultural, progresso etc.

Exemplo típico disso é a Constituição da República, de 1988, considerada pela doutrina como constituição formal, na medida em que há em seu bojo uma série de assuntos que não são propriamente ligados à estrutura do Estado, forma e aquisição do poder.

Assim, tem-se as seguintes determinações expressas de incriminação dirigidas ao legislador ordinário, previstas no artigo 5º:

> *XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.*

Ao longo da Constituição da Repúblicade 1988 podem ser encontradas outras previsões de incriminação, uma vez que a própria menção ao tipo de crime, por certo exige atuação pelo legislador, como por exemplo: crime político (artigo 5º, inciso LII), retenção dolosa de salário (artigo 7º, inciso x), crime de responsabilidade (artigo 29-A, §§2º e 3º, artigo 50 *caput* e §2º, artigo 85, artigo 100, §7º), crime político (artigo 2 inciso II, letra “b”), contra a Administração Pública e abuso de autoridade (artigo 103-B, §4º, inciso IV), contra a organização do trabalho, o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira (artigo 109, inciso VI) , os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro (artigo 109, inciso), militares (artigo 124). Em todos os casos mencionados há a previsão de um bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal, a existência do Estado Democrático de Direito, a organização do trabalho, o sistema financeiro, etc.

Partindo-se da ideia de que o legislador deveria proteger penalmente apenas aqueles valores dotados de relevância constitucional, reforça-se a

---

[903] NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional.* São Paulo: Método, 2008, p. 226-229.

função limitadora do poder punitivo estatal em função do bem jurídico, pois a pena é uma forma de limitação de direitos fundamentais[904].

Importante a observação de Bechara no sentido de que não existe uma teoria jurídico-constitucional do delito em face das diferenças axiológicas e finalísticas entre Constituição e Direito Penal, pois de um lado se encontram o caráter aberto das finalidades constitucionais e, de outro, o caráter relativo da dogmática da ponderação. Ou seja, há uma diversidade de objetivos do legislador constituinte e penal, muitas vezes não coincidentes, mas que devem ser coerentes. Dessa forma, nem todo interesse ou direito previsto na Constituição deve gozar de proteção, embora todo ilícito penal deva ofender um interesse constitucionalmente relevante. Haveria dois círculos concêntricos no texto constitucional, em que o mais amplo legitimaria/limitaria o poder de incriminação e o menor representaria os mandatos de incriminação e o espaço entre ambos seria preenchido pela liberdade legislativa[905].

Não se pode interpretar as prescrições constitucionais explícitas em matéria penal de forma absoluta e transpô-las de forma automática no âmbito legal, sob pena de se cometer excessos intervencionistas. Deve ocorrer, ao contrário, uma interpretação dos complexos e multifatoriais valores inseridos na Constituição da Repúblicade modo a não ocorrer contradição entre o dever de realização de garantias fundamentais e o caráter das garantias desses direitos, entre a liberdade individual e o interesse social[906].

Dessa forma, é imperiosa a necessidade de se elaborar um conceito de bem jurídico que seja rico em seu conteúdo material e que sirva de limite ao legislador ordinário. Para tanto, a Constituição reconheceria valores fundamentais prevalentes em uma determinada sociedade, em um dado período histórico[907].

---

[904] SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch *Editor.* S.A., 1992, p. 273.
[905] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 53-55.
[906] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 57-60.
[907] *...el Derecho está sometido a continuo cambio, pero está obligado a ser un derecho justo en cada momento histórico. Por consiguiente, tanto la legislación, como la jurisprudencia deben comprender las necesidades de cada época y desarrollar respuestas jurídicas a esas necesidades...* HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 168.

A liberdade do legislador ordinário seria contida, na medida em que seu poder é derivado da Constituição, que deve ainda levar em conta um conceito material de bem jurídico[908]. Além disso, como se verá posteriormente, existe uma série de princípios extraídos do texto constitucional aplicáveis ao bem jurídico penal, para limitar o poder punitivo estatal, como a proporcionalidade, por exemplo, atuando o Poder Legislativo para realizar o controle de constitucionalidade[909].

Alvarez Garcia[910] aponta como pontos obscuros para a definição do papel limitador do poder punitivo estatal por meio da Constituição, os seguintes:

- possibilidade de se estabelecer hierarquias valorativas no seio da Constituição;

- significado da expressão valor constitucionalmente relevante;

- as obrigações constitucionais de penalizar.

Inicialmente, discute-se se os valores contidos no texto constitucional têm o mesmo peso ou se este seria diferente. Como já afirmado anteriormente,

---

[908] ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 12.

[909] RE 583523 / RS - RIO GRANDE DO SUL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 03/10/2013. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ementa: Recurso extraordinário. Constitucional. Direito Penal. Contravenção penal. 2. Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (artigo 25 do Decreto-Lei n. 3.688/1941). Réu condenado em definitivo por diversos crimes de furto. Alegação de que o tipo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Arguição de ofensa aos princípios da isonomia e da presunção de inocência. 3. Aplicação da sistemática da repercussão geral – tema 113, por maioria de votos em 24.10.2008, rel. Ministro Cezar Peluso. 4. Ocorrência da prescrição intercorrente da pretensão punitiva antes da redistribuição do processo a esta relatoria. Superação da prescrição para exame da recepção do tipo contravencional pela Constituição Federal antes do reconhecimento da extinção da punibilidade, por ser mais benéfico ao recorrente. 5. Possibilidade do exercício de fiscalização da constitucionalidade das leis em matéria penal. Infração penal de perigo abstrato à luz do princípio da proporcionalidade. 6. Reconhecimento de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal. Não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 pela Constituição Federal de 1988. 7. Recurso extraordinário conhecido e provido para absolver o recorrente nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, superou a questão da prescrição da pretensão punitiva. No mérito, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário por reconhecer, no acórdão recorrido, a violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, *caput* e inciso I, da CF, ante a não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) pela Constituição Federal de 1988, e, em conseqüência, absolver o recorrente, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participante da "V Conferência Iberoamericana sobre Justicia Electoral", em Santo Domingo, República Dominicana. Plenário, 03.10.2013.

[910] ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 13-20.

quando da interpretação constitucional do bem jurídico, as proposições de Alexy sobre a fórmula do peso indicam que os valores podem ter pesos diferentes de acordo com o caso concreto. Além disso, um mesmo valor pode ter pesos diferentes em situações diferentes como é o caso da vida, quando da discussão sobre o aborto de fetos anencéfalos[911].

No que se refere ao valor constitucionalmente relevante, no caso brasileiro, a emenda constitucional número 45 introduziu a ideia de repercussão geral, de modo que nos recursos extraordinários, o recorrente deve demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica do tema, de tal forma que a decisão será aplicada aos casos idênticos pelas instâncias inferiores[912].

Em relação à obrigação constitucional de penalizar, Alvarez Garcia afirma que o legislador não é obrigado a criminalizar qualquer ataque a valores constitucionais, exceto quando estes tenham relevância. Para o referido autor, uma *coisa é que o constituinte traçou limites, e muito outro que o legislador ordinário não tem autonomia na realização dos bens a serem protegidos e as correspondentes medidas de proteção*[913].

Alvarez Garcia prossegue afirmando que o legislador ordinário teria ampla margem de liberdade[914] para avaliar, no caso concreto, o que seria ou não

---

[911] ADPF número 54. A íntegra do Acórdão pode ser acessada no sítio: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M Acesso em 11/12/16.

[912] Note-se que não há um critério objetivo estabelecido para se definir se uma causa se enquadra ou não como de repercussão geral. Em pesquisa no sítio do Supremo Tribunal Federal, foram identificados dois temas relativos ao Direito Penal com repercussão geral: progressão de regime e crimes militares. Vide: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/temasRelevantes.asp Acesso em 08/01/2017.

[913] ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 16.

[914] HC 104410 / RS - RIO GRANDE DO SUL. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 06/03/2012. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012. Ementa: *HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso

relevante e defensável por meio do Direito Penal. Fora dos casos em que a Constituição determina a incriminação, o legislador teria ampla liberdade de usar o sistema de proteção que entender mais cabível ao caso (penal, administrativo, civil), não sendo possível a aplicação da tese de obrigações constitucionais implícitas[915].

(Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALDIADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um Direito Penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA. Decisão: Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Cassada liminar anteriormente concedida. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 06.03.2012.

[915] ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 17.

Como mencionado em linhas anteriores, as constituições que consagram direitos de segunda e terceira gerações estão mais propensas a ter em seu bojo comandos que levem a obrigações tácitas de incriminação. Entretanto, o legislador possui liberdade para escolher qual o instrumento legal é o mais adequado para a proteção do bem, munido de relevância constitucional.

No caso brasileiro, a título de exemplo, a definição de certos bens jurídicos pode ser feita através de princípios instituídos pela Constituição da República, de 1988, a qual estabelece como um dos pilares da ordem econômica a defesa do consumidor e do meio ambiente, em seu artigo 170, incisos V e VI. Por via de consequência, no plano infraconstitucional, o legislador editou as Leis 8.078, de 11 de setembro de 1990 e 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, ambas com capítulos específicos prevendo a tipificação de condutas lesivas ao consumidor e ao meio ambiente, respectivamente.

O modelo de Direito Penal voltado para a proteção de bens jurídicos[916] é aquele de concepção personalista, ou seja, o Direito Penal como instrumental estatal mais áspero deve ter como referencial o indivíduo:

> Assim, sendo os bens jurídicos entendidos a partir dos indivíduos, mesmo os bens jurídicos supra-individuais apenas poderão ser considerados legítimos na medida em que sirvam ao desenvolvimento pessoal dos cidadãos. Essa concepção pessoal do bem jurídico advém do modelo do Estado liberal, tendo por base a idéia do contrato social de Rousseau. Exatamente por isso, conforme a concepção pessoal, a hierarquização entre bens jurídicos individuais e supra-individuais revela-se perigosa, haja vista que, no contexto da sociedade atual, pode haver uma dissolução técnico-social do sujeito na constituição de bens jurídicos supra-individuais, levando, consequentemente, à ameaça de uma funcionalização dos interesses pessoais em relação ao Estado[917].

Dessa forma, em um Estado Democrático de Direito, o bem jurídico deve apresentar como conteúdo realidades ou fins que são necessários para

---

[916] Bechara chama atenção para outro modelo de Direito Penal: aquele voltado para a proteção do ordenamento jurídico ou a vigência deste. Nesse caso, ... *a concreção do próprio fim genérico de proteção da vigência do ordenamento jurídico dependerá da maneira pela qual esse ordenamento é concebido*..., de modo que *a tarefa central da política criminal atual consiste na caracterização normativa das esferas do sujeito em um mundo complexo, inclusive em contraposição com o poder público*. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual.* Revista Liberdades, n° 1, maio- agosto de 2009, p. 22.

[917] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual.* Revista Liberdades, n° 1, maio- agosto de 2009, p. 24.

uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo [918].

6.3 Direitos fundamentais, comandos constitucionais e bem jurídico

Com as revoluções liberais do final do século XVIII na Europa e na América, começou a construção de um catálogo de direitos fundamentais do homem contra o Estado, *o que implica uma mudança radical na concepção da pessoa humana e na compreensão moral da vida.* Após o final da Segunda Guerra Mundial são produzidos diversos textos contendo mandamentos de proteção aos Estados nacionais, que acabam incorporando em suas constituições normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado. Transcorrido o momento da consolidação desses direitos fundamentais no século XX, passa-se em seguida pela busca da concretização ou efetivação daqueles direitos[919].

Diante dessa perspectiva, tem-se uma concepção clássica de direitos fundamentais que implica em reconhecer o *jus puniendi* como fonte de perigo para os direitos fundamentais dos cidadãos e a necessidade de se criar meios para conter esse perigo[920].

A legitimação do *jus puniendi* passa inicialmente por uma escolha dialética de um firme catálogo de direitos fundamentais e depois passa por meios de controle institucional representado por normas como a proibição da retroatividade das leis penais mais gravosas, observância da legalidade estrita, proibição da aplicação de penas cruéis, observância da proporcionalidade, dentre outros. Por outro lado, Bascuñán Rodrigues afirma que atualmente surge um novo paradigma em que os direitos fundamentais não são um limite negativo à atuação do *jus puniendi* estatal, mas a representação de comandos em que o

---

[918] Roxin, nesse ponto, diferencia realidades de fins na medida em os primeiros representam bens jurídicos não criados pelo legislador (vida, por exemplo), enquanto os segundos o são (impostos, por exemplo). ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidade del Derecho Penal? In: La teoría del bien jurídico. HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 448.

[919] CARBONELL, Miguel. *Presentación: Nuevas formas de proteger los derechos fundamentales.* In: El princípio de proporcionalidad y la proteccíon de los derechos fundamentales. Miguel Carbonell (coordinator). México: Comisión Nacional de los derechos humanos, 2008, p. 07-08.

[920] BASCUÑÁN RODRIGUES, Antonio. *Derechos fundamentales y Derecho Penal.* Revista de Estudios de la Justicia, n° 09, 2007, p. 47.

jus puniendi é um meio para a proteção *dos* direitos fundamentais. Essa mudança de paradigma vem ocorrendo de duas formas:

> A primeira é a postulação de deveres de proteção dos direitos fundamentais, dirigida ao Estado. O paradigma clássico concebe os deveres correlativos aos direitos fundamentais como deveres de omissão, isto é, como proibições de afetação. O novo paradigma acrescenta como deveres correlatos dos deveres dos direitos fundamentais de benefícios positivos, (...)
> A segunda forma de inversão do paradigma clássico é a consolidação no direito internacional de mandatos (imperativos) de punição, com base na consideração da intangibilidade (ou da validade das regras) dos direitos fundamentais como um fim de proteção. Neste novo discurso, não é o exercício do ius puniendi, mas a sua omissão que passa a ser sujeita a controle judicial, devido à postulação do mandato de punição... [921]

Esse contexto provoca a necessidade de criação de meios para o controle judicial de fiscalização de cumprimento do *jus puniendi* (assim como ocorreria na limitação desse poder), bem como a criação de possíveis conflitos entre o dever de exercer o *jus puniendi* e os princípios limitadores deste[922].

O Estado passa a ser o grande protetor de todos os direitos fundamentais daqueles que estejam em seu território, mediado pelo Direito Penal, uma vez que é por meio deste que serão efetivados aqueles direitos na medida em que o pleno gozo das liberdades fundamentais passa necessariamente pela não obstacularização por parte de terceiros. O Direito Penal torna-se o instrumento de efetivação de direitos fundamentais.

No Brasil, isso surge de forma clara por meio dos órgãos de justiça criminal que, começando pelos órgãos policiais chegando ao judiciário, o paternalismo penal estatal se impõe como forma de solução dos mais diversos problemas sociais. Além dos bens jurídicos clássicos (vida, liberdade, propriedade), o novo catálogo de direitos fundamentais insculpido na Constituição da Repúblicade 1998 também é protegido pelo Direito Penal: direitos do consumidor, ordem econômica, meio ambiente etc.

O simbolismo penal anda de mãos dadas com uma justiça penal de baixo custo estatal, materializada em boletins de ocorrência policial, infindáveis audiências e cadeias superlotadas, como maneira de satisfazer aos anseios

---

[921] BASCUÑÁN RODRIGUES, Antonio. *Derechos fundamentales y Derecho Penal.* Revista de Estudios de la Justicia, n° 09, 2007, p. 48.
[922] BASCUÑÁN RODRIGUES, Antonio. *Derechos fundamentales y Derecho Penal.* Revista de Estudios de la Justicia, n° 09, 2007, p. 50.

sociais por segurança. Procurar uma justiça cível, como por exemplo, contratar serviços advocatícios, realizar perícias, pagar taxas e custas processuais é caro. Mais barato (de graça) é acionar a polícia para confecção de um boletim de ocorrência, esperar a conclusão do inquérito policial ou a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência, para que o Ministério Público e o Juiz possam, enfim, garantir a observância de um direito fundamental, que pode ser a restauração da honra ou o apaziguamento de ânimos (ameaçados ou lesionados fisicamente) por meio de penas alternativas (serviços comunitários, pagamento de cestas básicas etc.). Trata-se da elevação à potência máxima do Direito Penal de *prima ratio.*

A partir do momento em que os direitos fundamentais se tornam critérios de legitimação do *jus puniendi* e não fator limitador deste, é produzida uma expansão de um Direito Penal retribucionista, voltado para a manutenção do sistema ou garantia das expectativas sociais. Os direitos fundamentais, por si só, passam a ser merecedores e necessitados de proteção penal, sob a ótica do novo paradigma anteriormente citado[923]. Em verdade, todas as expectativas sociais, sob aspecto, seriam garantidas em primeiro lugar por um Direito Penal simbólico, que efetivamente não consegue o seu escopo primordial que é fomentar a paz e a estabilidade sociais, mais próximo assim de um ideal de prevenção geral do Direito Penal.

Entretanto, partindo da concepção constitucional de bem jurídico, segundo a qual os direitos fundamentais são critérios para a identificação de bens jurídicos merecedores de proteção penal, seriam ilegítimas as normas de comportamento que ferem os âmbitos de autonomia garantidos pela constituição e por não ser forma de limitação do *jus puniendi* do Estado[924].

Se todo direito fundamental é protegível pelo Direito Penal, não há espaço de liberdade para que o cidadão possa livremente disponibilizar o seu Direito. Isso leva à discussão de se efetivamente algum bem jurídico é afetado, ou seja, a violação de uma norma de comportamento viola bens jurídicos e, portanto, se seria digna de proteção penal.

---

[923] BASCUÑÁN RODRIGUES, Antonio. *Derechos fundamentales y Derecho Penal.* Revista de Estudios de la Justicia, n° 09, 2007, p. 53.
[924] BASCUÑÁN RODRIGUES, Antonio. *Derechos fundamentales y Derecho Penal.* Revista de Estudios de la Justicia, n° 09, 2007, p. 53.

Originalmente, as normas sobre direitos fundamentais são normas de valoração judicial de um ato, que pode ser invalidado caso haja violação do direito e, *somente derivativamente, isto é, somente com base na evitação dessa avaliação adversa, essas regras podem ser consideradas (...) como normas de determinação, isto é, como padrões de comportamento*[925].

A partir do momento em que se aceita que normas sobre direitos fundamentais possam gerar normas de comportamento, aceita-se a ideia de que tais direitos são fonte de criação de normas de proibição. Nesse particular, afirma Bascuñán Rodrigues:

> Em particular, a sanção não é uma consequência imputável à infração de uma norma de comportamento. É claro que uma norma sancionatória é analiticamente inderivável de uma mera norma de comportamento. A sanção é a afetação de um interesse relevante do recebedor de uma norma de comportamento, imputada como conseqüência de sua infração. (...) É possível deduzir uma norma de comportamento de uma norma punitiva, mas não o contrário. Também não existe um princípio geral de imputação de uma sanção genérica (ou um repertório deles) à violação de uma regra de comportamento fundamental, que é análogo aos princípios de ignorância substantiva ou processual, autorização de impedimento ou reparação de delito[926].

Todavia, considerando que uma norma penal é uma violação de direitos fundamentais (restrição da liberdade do indivíduo e do desenvolvimento de sua personalidade), aquela deve se submeter ao crivo do princípio da proporcionalidade e da culpabilidade, pois é uma forma de sanção de natureza especial. Dessa forma, dentro de um marco do garantismo, deve ser proibida *a dedutibilidade de uma norma punitiva baseada em uma norma de comportamento (princípio da legalidade)* [927].

A existência de um rol de direitos fundamentais não pode significar de imediato a pressuposição de um merecimento de pena em caso de violação, sem antes se submeter a uma avaliação pelo princípio da proporcionalidade, de modo que não se pode deduzir de uma norma de comportamento, uma norma punitiva[928].

---

[925] BASCUÑÁN RODRIGUES, Antonio. *Derechos fundamentales y Derecho Penal.* Revista de Estudios de la Justicia, n° 09, 2007, p. 55.
[926] BASCUÑÁN RODRIGUES, Antonio. *Derechos fundamentales y Derecho Penal.* Revista de Estudios de la Justicia, n° 09, 2007, p. 57.
[927] BASCUÑÁN RODRIGUES, Antonio. *Derechos fundamentales y Derecho Penal.* Revista de Estudios de la Justicia, n° 09, 2007, p. 58-59.
[928] BASCUÑÁN RODRIGUES, Antonio. *Derechos fundamentales y Derecho Penal.* Revista de Estudios de la Justicia, n° 09, 2007, p. 59.

6.3.1 Os direitos humanos como fonte limitadora do Direito Penal

Partindo da ideia de que o Estado Democrático de Direito agasalha em sua ordem constitucional a defesa dos direitos humanos, consequência natural é que tais valores representam uma limitação ao *jus puniendi* estatal, implicando assim uma opção por um Direito Penal mínimo. O marco dos direitos humanos se apresenta como um referencial válido para conduzir a uma unidade as diferentes concepções de bem jurídico, servindo assim de barreira ao legislador penal em virtude de antecipação histórica e pretensão universal dos direitos humanos[929].

Segundo Alonso Álamo, os direitos humanos possuem uma função limitadora negativa e positiva em relação ao Direito Penal. Negativamente, a intervenção penal não pode ir contra os direitos humanos, além do que não pode haver proteção penal de bens ou interesses que não se conectem com os direitos humanos, seja de forma direta, seja indiretamente. A contrário senso (positivamente), a intervenção penal deve ser direcionada à proteção dos bens ligados direta ou indiretamente aos direitos humanos, tendo-se como filtros: - a proteção deve recair sobre bens jurídicos, direta ou indiretamente externados pelas gerações de direitos humanos; - a concepção abstrata do conceito de direitos humanos necessita se tornar concreta em face do objeto de proteção penal; - aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de necessidade e merecimento de imputação penal[930].

A construção de uma teoria argumentativa sobre os direitos humanos é a base de um conceito unificador das teorias sobre o bem jurídico.

Em um Estado democrático, o Direito Penal deve ser voltado para a proteção de bens jurídicos, levando-se em conta princípios já arraigados na doutrina, como a fragmentariedade e a subsidiariedade.

Por outro lado, Alonso Álamo[931] chama a atenção para diversos fatores que colocam em xeque a ideia de um Direito Penal mínimo voltado para

---

[929] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 89-90.
[930] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 106-107.
[931] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 77-78.

a proteção do indivíduo e só, reflexamente, a sociedade. Nessa linha, surgem as técnicas de antecipação das barreiras de proteção (crimes de perigo abstrato, delitos de obstáculo) e um conceito de Direito Penal orientado para combater o dano social.

Amelung entende que o delito ataca as condições da organização humana, de modo que o Direito Penal é instrumento de proteção da vigência fática das normas de conduta. Ao se proteger os elementos estruturais da sociedade previstos pela Constituição, protege-se a condição da vida em comunidade[932]. Para chegar a essa conclusão, Amelung parte do conceito neokantista de bem jurídico como um juízo de valor escolhido pelo legislador para proteção. Essa visão de bem jurídico é criticada por Amelung, pois nada informa sobre os conteúdos dos juízos de valor para converção de algo em bem jurídico. Embora o bem jurídico passe a ser um ponto de contato entre a política e a dogmática, a sujeição às possíveis e inumeráveis valorações acaba por sacurdir o sistema dogmático-penal a cada norma que possa surgir[933]. Amelung também critica a visão personalista do bem jurídico para a qual a norma existe para a proteção da pessoa. Para aquele autor, há bens jurídicos coletivos, frutos da existência do Estado e da sociedade moderna, e que estão relacionados com o funcionamento de sistema sociais, oferecendo prestações que atendem aos interesses de todos de forma neutra, como é o caso do meio ambiente. O conceito personalista não é suficiente para impor limites ao legislador, mas apenas para justificar a necessidade de justificar um sistema normativo que reparte o mal da pena em sociedade[934].

Não seria possível, segundo Amelung, a construção de uma teoria do bem jurídico que seja vinculante e portadora de consenso, se tal teoria for construída em juízos de valor, pois em uma sociedade multicultural e plural não

---

[932] AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de biens jurídicos.* In: La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? In: La teoria del bien jurídico HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 263.

[933] AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de biens jurídicos.* In: La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? In: La teoria del bien jurídico HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 232.

[934] AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de biens jurídicos.* In: La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? In: La teoria del bien jurídico HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 237-238.

há um conjunto delimitado de valores supralegais. Mesmo o processo legislativo que visa buscar de forma racional o consenso sobre os valores em sociedade, vem sendo colocado em dúvida pelo oportunismo político e pela sedução que a função simbólica da pena vem causando naquele meio[935].

Com efeito, Amelung afirma que a pena tem a função de garantir a vigência fática das normas de conduta penalmente protegidas. As normas de conduta são elementos estruturais dos sistemas de interação e comunicação sociais, de modo que o crime é *tanto um ataque contra o estatuto organizacional do contrato social como uma lesão a um "objeto" do direito subjetivo cuja integridade deve garantir este estatuto organizacional* [936]*.* Amelung rebate e afirma ser injustificada a crítica de que a teoria dos sistemas não é adequada, pois visa à proteção do sistema e não do valor intrínseco da pessoa. Para aquele autor a Constituição instaura um sistema em que o valor da pessoa não pode ser colocado em dúvida perante o sistema, de modo que o Direito Penal só pode proteger as pessoas através da reparação simbólica das estruturas de sistema favoráveis à pessoa[937].

Entretanto, como bem anota Álamo, a ideia de um sistema autorreferencial, em que a garantia das expectativas sociais se eleva à categoria de bem jurídico, na verdade provoca a perda e o caráter limitador deste[938].

Ao lado da teoria do dano social encontra-se o *Harm Principle* (dano a outro), proposto por Mill em seu livro *Sobre a Liberdade*, para o qual deve existir um limite à legítima interferência do coletivo sobre a independência individual. Para esse autor, *o único fim pelo qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer de seus*

---

[935] AMELUNG, Knut. *El concepto "bien Jurídico" en la teoría de la protección penal de biens jurídicos.* In: La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? In: La teoria del bien jurídico HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 239.
[936] AMELUNG, Knut. *El concepto "bien Jurídico" en la teoría de la protección penal de biens jurídicos.* In: La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? In: La teoria del bien jurídico HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 260.
[937] AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de biens jurídicos.* In: La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? In: La teoria del bien jurídico HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 261-262.
[938] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 80.

integrantes é a autodefesa[939]*.* Dessa forma, o objetivo é evitar dano aos outros, não sendo justificativa plausível a interferência na esfera privada para o bem físico ou moral das pessoas maiores e maduras. A lei não pode interferir na esfera de consciência dos indivíduos, em seus gostos, atividades e direito de associação se não houver prejuízo a terceiros.

Ainda segundo Mill[940], a vida em sociedade implica em não lesar certos interesses dos outros, que por entendimento tácito ou por disposição legal devam ser considerados como direitos, chamando a atenção a seguinte passagem:

> O dano implícito que uma pessoa causa à sociedade, devido a uma conduta que não viola qualquer dever específico para com o público nem ocasiona prejuízo perceptível, a não ser a ela mesma, é uma inconveniência que a sociedade pode se permitir tolerar, por consideração ao bem maior liberdade humana[941].

Nesse ponto, interessante a análise que Rawls faz do indivíduo como ser racional, a partir das observações de Mill. Para Rawls, a ideia de justiça como algo imparcial, decorre da visão de sociedade como sistema justo de cooperação ao longo dos anos. Prossegue o autor, que a pessoa, em uma concepção política é aquele cidadão livre (do ponto de vista político), em três aspectos[942]:

- é livre na medida em se concebe a si mesma e aos outros como possuidores de capacidade moral para ter uma concepção do bem. As pessoas se reservam o direito de serem independentes e não se identificarem com nenhuma concepção em particular;

- considera-se no direito de fazer reclamações e aumentar a exigências em relação às instituições, com o objetivo de fazer valer suas concepções do bem;

- considera-se capaz de assumir responsabilidade de seus fins, ajustando suas metas e aspirações à luz do que pode razoavelmente esperar.

---

[939] MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade.* Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 22.
[940] MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade.* Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 115.
[941] MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade.* Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 125.
[942] RAWLS, John. *Liberalismo político.* México DF: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA, 1995, p. 39, 51-55.

Alonso Álamo, por seu turno, questiona a teoria do *Harm Principle*, pois esta não oferece critérios positivos ou negativos para a limitação ao poder de incriminar[943].

Nessa esteira, a delimitação conceitual do bem jurídico a partir de uma única ordem normativa dos direitos humanos apresenta-se como um forte critério delimitador da atuação do legislador penal, uma vez que a dignidade humana se encontra no centro dos direitos fundamentais reconhecidos pelas constituições democráticas, uma vez que *a preeminência da liberdade de ação social - que só poderia ser limitada pelo direito penal para proteger bens jurídicos* [944]*,* que somente podem ser alçados à categoria de bens jurídicos penais no caso dos interesses mais relevantes da sociedade. Não se pode utilizar o Direito Penal para a proteção do que não pode ser passível de ser um bem jurídico penal (objetivos socialmente proscritos ou irrelevantes).

O princípio da proporcionalidade contido implicitamente na Constituição implica em um Direito Penal de caráter fragmentário, subsidiário, de *ultima ratio* de modo que:

> O bem jurídico-penal não decorre do cumprimento dos requisitos de necessidade, adequação ou proporcionalidade no sentido estrito, mas ocorre ao contrário, presente o bem jurídico, o princípio desdobra sua efetividade sobre a necessidade de intervenção ou ajuda a delimitar o escopo da proteção[945].

Há vinculação da noção de bem jurídico à de direitos humanos, uma vez que estes têm uma legitimidade além das constituições estatais ao longo dos tempos, levando-se em conta a existência, proclamação e reconhecimento destes, em documentos internacionais.

A partir da identificação do indivíduo como ser autônomo e racional, o conceito de pessoa deve ser levado em consideração com os ideais de uma democracia pluralista e de que a observância das normas em sociedade é benéfica à convivência social e ao desenvolvimento da liberdade pessoal. A pessoa como destinatária das normas penais deve ser entendida a partir da sua

---

[943] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 84.
[944] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 96.
[945] ALONSO ÁLAMO, Mercedes.*Bien jurídico y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p. 97.

capacidade de se relacionar em sociedade para atingir seu livre desenvolvimento, de modo que a norma penal não possua o caráter paternalista[946].

6.4 Controle constitucional do que não se deve proteger por meio do Direito Penal

Como descrito em linhas anteriores, em face do caráter abstrato dos princípios jurídicos superiores, o legislador possui certa margem de discricionariedade na interpretação do bem jurídico. Todavia, essa discricionariedade não é absoluta e deve ser norteada pela ideia de o Direito Penal existir em função da proteção de bens jurídicos, por meio do qual a norma penal só terá legitimidade quando se verificar o dever ser protegido, quem deve ser protegido e contra o que deve ser protegido[947]. Uma política criminal orientada para a proteção do bem jurídico deve considerar como ilegítima uma lei penal que, na realidade, nada proteja.

Roxin[948] estabelece algumas diretrizes para aquilo que não poderia ser objeto de proteção por meio do Direito Penal:

> ..leis penais arbitrárias, motivadas apenas por razões ideológicas ou que lesionem direitos fundamentais, não protegem bens jurídicos; comportamentos imorais ou reprováveis ainda não fundamentam por si sós uma lesão a bem jurídico; a violação da própria dignidade não é uma lesão de bem jurídico; a proteção de sentimentos apenas pode ser reconhecida como proteção de um bem jurídico em caso de ameaças realistas; a autolesão consciente, sua possibilitação ou apoio não violam nenhum bem jurídico (alheio); normas penais predominantemente simbólicas não possuem função protetora de bens jurídicos; tabus não são bens jurídicos; objetos de proteção de abstração impalpável não podem ser reconhecidos como bem jurídico.

Como instrumento de controle social, o Direito Penal somente pode ser empregado para se evitar aquelas condutas intoleráveis em sociedade. Nesse ponto, Roxin[949]verifica a influência da filosofia, da política, moral social e religião sobre o Direito Penal, influência essa que não pode chegar ao ponto de

---

[946] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 66-67.
[947] ROXIN, Claus. *Novos estudos de Direito Penal.* Organização Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 80.
[948] ROXIN, Claus. *Novos estudos de Direito Penal.* Organização Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 80.
[949] ROXIN, Claus. *Dependencia e independencia del Derecho Penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión.* Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales, 2006, p. 07.

este ramo se abrir a tais influências de forma ilimitada, sob pena de se perder seu caráter científico, de modo que a liberdade humana seria afetada por disposições penais de procedência diversa.

Cabe ao Direito Penal garantir aos cidadãos uma convivência pacífica (sem riscos), cuja liberdade de ação e os direitos humanos somente podem sofrer limitação por meio da pena, quando ela for imprescindível, ou seja, quando o Estado não puder se valer de meios menos gravosos para a proteção daquelas realidades que são necessárias para uma convivência social pacífica (bens jurídicos). Dessa forma, a influência da filosofia, da política, da moral e da religião somente seriam aceitas na medida em se orientem ao princípio de proteção subsidiária de bens jurídicos, não podendo fundamentar uma forma independente de punibilidade (como a criminalização do homossexualismo entre adultos, a apostasia, a mera proteção de sentimentos etc.).

Ferrajoli[950], em artigo sobre Direito Penal mínimo e bens jurídicos fundamentais, critica a inflação legislativa penal e aponta um programa com sugestões para a diminuição de bens jurídicos tutelados pela lei penal. Para o autor, a primeira medida a ser tomada é a diminuição quantitativa de delitos, tendo como alvo os crimes de bagatela, os quais ferem o princípio da ofensividade. Em segundo lugar, a diminuição seria de caráter qualitativo, de modo que as infrações penais somente poderiam se referir a um dano para pessoa de “carne e osso” e não a abstrações como o Estado e outras instituições. A terceira, de natureza estrutural, é a supressão dos delitos de perigo abstrato ou presumido, de modo que o delito seja concretamente comprovado. Dessa forma, deveria ocorrer uma redução do Direito Penal a um mínimo necessário, substituindo-se as infrações penais por cíveis, naqueles casos em que se admitisse reparação ou por ilícitos administrativos, nos casos em que ocorresse violação de normas da organização estatal ou nos atuais casos de perigo abstrato.

6.5 O bem jurídico como referência garantista: razões para a permanência do bem jurídico como critério limitador do Direito Penal

[950] FERRAJOLI, Luigui. *Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales.* Ciencias Penales. Revista de la Asociacion de Ciencias Penales de Costa Rica, 1992, p. 7 e seguintes.

A partir da afirmação de que o Direito Penal age para a proteção de bens jurídicos, estes passam a ter a função reflexa de limitar os conteúdos a serem tidos pelo Direito Penal, com fulcro nos interesses fundamentais da vida social da pessoa.

Essa mencionada proteção pode ser traduzida pelo estabelecimento de "garantias" a bens de interesse fundamental para a vida em sociedade, o que induz, por sua vez, a um limite a essa peculiar forma de proteção (Direito Penal), pois a pena é uma forma de violação de direitos fundamentais (violência) praticada pelo Estado.

Ferrajoli identifica o garantismo penal com um programa de Direito Penal mínimo, *um modelo teórico e normativo de direito penal capaz de minimizar a violência da intervenção punitiva (...) sujeitando-a a limites estritos impostos para proteger os direitos da pessoa* [951].

As garantias[952] penais como os princípios da legalidade, culpabilidade, lesividade atuam como fontes de justificação do Direito Penal, diminuindo a reação da violência punitiva em face da violência social. Conforme Hurtado Pozo[953], um conceito material de bem jurídico, representativo de sua indispensabilidade para a vida em comum, seria capaz de servir de crítica à atividade legislativa.

É preciso conciliar o conteúdo material do bem jurídico com as prioridades axiológicas de liberdade do indivíduo, reduzindo o Direito Penal ao mínimo imprescindível, devendo este estar centrado nos interesses fundamentais do cidadão, nas condições essenciais que permitam o desenvolvimento de sua liberdade em sociedade. Além disso, a proibição de

---

[951] FERRAJOLI, Luigi. *Garantias y Derecho Penal.* In: Garantismo y Derecho Penal. ACOSTA, Juan Oberto Sotomayor (coordinador). Bogota: Editorial Themis S.A, 2006, p. 04.

[952] Gascón Abellan aponta três traços característicos do garantismo de Ferrajoli: ... *la expresión "garantismo" bajo tres acepciones: en la primera, designa un modelo normativo de derecho (el modelo del Estado de derecho); en la segunda, el garantismo es una teoría jurídica (la del "iuspositivismo crítico" como opuesta al iuspositivismo dogmático); y en la tercera, el garantismo es una filosofía política (la que funda el Estado en el reconocimiento y la protectión de los derechos.* GASCÓN ABELLAN, Marina. La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli "Derecho y Razón" In: Garantismo y Derecho Penal. ACOSTA, Juan Oberto Sotomayor (coordinador). Bogota: Editorial Themis S.A, 2006, p. 14.

[953] HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*. Parte general. 2da. Edición. Lima: Editorial EDDILI, 1987, p. 11.

condutas deve levar em conta o princípio do dano ao outro (*harm to others*), não havendo azo para a proteção de convicções morais[954].

A ideia de espitiritualização ou desmaterialização do bem jurídico decorrente do surgimento de bens jurídicos de caráter supraindividual não pode ser empecilho para o controle do Direito Penal, pois deve ser encontrado o conteúdo material do bem jurídico dentro de um caráter personalista, ou seja, de proteção das condições necessárias para o desenvolvimento do indivíduo em sociedade, abrangendo realidades físicas e bens imateriais, como honra, liberdade. Esse conceito material de bem jurídico possui duas funções: legitimação do conceito de bem jurídico e exigência de dano à pessoa. A legitimação do conceito de bem jurídico demanda que o legislador tenha condições de concretizar valores ou instituição liberais que sejam essenciais para a vida em sociedade.

> Dizer que o direito penal protege a validade da regra qualquer é uma afirmação descritiva de que, certamente, nada contribui para o conhecimento de um sistema jurídico diferenciado dentro de uma sociedade específica. É, por assim dizer, uma opinião neutra em termos de valor, que, se analisada isoladamente, nada pode pré-julgar a constituição, estrutura ou funcionamento daquele sistema no qual ela é construída ou configurada. Uma opinião como a mencionada é, em si mesma, tão vazia quanto formalista, tão asséptica, tão neutra quanto genericamente afirmando que o direito penal protege os bens jurídicos: em nenhuma das duas abordagens é destacado o que exatamente é protegido ou em que contexto ou condições, isto é, sob que pressupostos[955].

Como um conceito logicamente necessário, do qual as políticas criminais não podem abrir mão, o bem jurídico possui uma função crítica e redutora da expansão do poder punitivo estatal, constituindo um critério de interpretação teleológica do tipo penal, bem como limitador do legislador em sua tarefa de definir quais condutas serão objeto da tutela penal dentro de um Estado constitucional. Fora disso, não há tutela do bem jurídico, mas dever de obediência à norma, um programa de validez fática da norma em prol do Estado[956].

---

[954] ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito.* Barcelona: Atelier, 2003, p. 69.
[955] KINDHÄUSER, Urs. POLAINO-ORTS, Miguel. *Normativismo em el Derecho Penal. Estudios de dogmática jurídico-penal.* Resistência: Contexto libros, 2011, p. 19.
[956] FERNANDO NIÑO, Luis. *El bien jurídico como referencia garantista.* Buenos Aires: Editores del Puerto S.A, 2008, p. 65-66.

Como adverte Zaffaroni[957], o método jurídico penal corre o risco de entrar em colapso, à medida em que ocorre a desvinculação entre o discurso jurídico penal e a política. Para esse autor, a desvinculação entre o discurso jurídico-penal e a política põe em perigo a dogmática jurídico-penal como método; este, em vez de fazer previsão das decisões jurídicas, vem abrindo caminho para a arbitrariedade judicial. O discurso jurídico-penal é um programa político, uma elaboração intelectual que oferece ao poder judicial um projeto de jurisprudência coerente adequado às leis vigentes. Dessa forma, todo conceito jurídico-penal é um conceito político e quando se elimina o método jurídico, cai-se em um discurso oportunista, sem conteúdo racional. A alienação teórica do político ocorre quando o político abre mão da técnica. O discurso jurídico-penal tem conteúdo político e cada método reflete certo momento de poder político, contexto econômico, social, cultural, que, regra geral, não foi transportado para os países periféricos, o que deteriorou o debate dogmático.

Neste aspecto, Brandão[958] chama a atenção para a crise do Direito Penal: esta se dá pela alienação técnica do político e por causa da alienação política do técnico: A alienação técnica do político fere a tipicidade em seu aspecto formal e a alienação política do técnico não vislumbra o conteúdo material do tipo penal, que é o bem jurídico. Dessa forma, é necessário que se investigue a violação do bem jurídico para que se justifique a violência da pena, pois esta é uma violação de direitos fundamentais.

A alienação técnica do político provoca a violação da proporcionalidade da pena, pois nos casos em que não há violação do bem jurídico, a aplicação da pena será uma violação desproporcional (não justificada) de direito fundamentais (toda pena é uma violação de direitos fundamentais)[959].

Segundo Robles Planas[960], o conceito material de delito visa limitar o poder punitivo estatal (lei penal como *ultima ratio*) e a dogmática penal possui uma função sistemática que se divide em sistematização e ordenação do direito,

---

[957] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em torno de la cuestión penal.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2005, p. 72 e seguintes.
[958] BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.* 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 20-25.
[959] BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.* 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 244-245.
[960] ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial I B de F, 2014, p. 27 e seguintes.

permitindo a análise da complexidade dos casos regulados. Nessa esteira, o legislador não cria esferas jurídicas para os cidadãos, mas age para protegê-las. As normas precisam de legitimidade, pois são objeto de referência do Direito Penal, uma vez que sua existência é jurídico-racional.

6.6 Perspectivas para um Direito Penal democrático e racional

Diante do cenário atual de uma sociedade de risco e líquida, quais são as expectativas para um Direito Penal que possa ser implementado em um Estado Democrático de Direito? Tal questionamento remete a outras duas clássicas perguntas: tem futuro o Direito Penal? Tem futuro a dogmática penal?

Como se verificou ao longo deste trabalho, o momento é de crescimento do espectro de ação do Direito Penal em face da demanda cada vez maior por segurança, cuja pena surge como forma de retribuição em caso de infração normativa (garantia de cumprimento de normas de conduta que coordenam comportamentos em sociedades desenvolvidas)[961]. Dessa forma, até o presente, a pena continua sendo a resposta mais utilizada para reprimir comportamentos desaprovados socialmente[962].

O Direito Penal continua sendo uma necessidade para o controle da sociedade, em virtude do enfraquecimento dos mecanismos informais como a família, a escola e a religião, embora se comece a buscar alternativas mais flexíveis e de baixo custo, como é o caso das penas alternativas. Além disso, o moderno Direito Penal volta-se com mais frequência para áreas de especial importância para a sociedade como o meio ambiente, valendo-se de tipos

---

[961] KHULEN, Lothar. *El Derecho Penal del Futuro.* In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NEUMANN, Ulfrid. MARTÍN, Adan Nieto (coordinatores). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo.* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2003, p. 225.

[962] *A população penitenciária brasileira chegou a 622.202 pessoas em dezembro de 2014. O perfil socioeconômico dos detentos mostra que 55% têm entre 18 e 29 anos, 61,6% são negros e 75,08% têm até o ensino fundamental completo. Esses resultados constam do último relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), relativo a dezembro de 2014, divulgado nesta terça-feira (26), em Brasília. O estudo traz informações sobre a população carcerária e estabelecimentos prisionais do país, estados e Distrito Federal.*
Segundo o estudo, o Brasil conta com a quarta maior população penitenciária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos (2.217.000), China (1.657.812) e Rússia (644.237). Entre os detentos brasileiros, 40% são provisórios, ou seja, não tiveram condenação em primeiro grau de jurisdição.
Sobre a natureza dos crimes pelos quais estavam presos, 28% dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas, 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio. Fonte: http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira . Acesso em 23/02/2018.

abertos e indeterminados, aplicação de sanções financeiras elevadas. Além disso, há a necessidade de combate a novas e insidiosas ameaças, como o terrorismo e a criminalidade organizada[963].

Segundo Hassemer, são critérios racionais para a delimitação do bem jurídico:

> A noção de bem jurídico deve ser adaptada à realidade: quando falamos de um bem jurídico, falamos da relação correta entre lei e vida, de uma ponte firme para os "verdadeiros" bens das pessoas hoje; Isto requer uma integração inteligente no sistema de bens jurídicos das condições de vida da socialização moderna, isto é, acima de tudo dos interesses universais.
> O conceito de bem jurídico deve ser seletivo e claro: trata-se dos limites da intervenção na liberdade da ação humana, ou seja, um conceito protetor de liberdade, que exige diferenciação precisa de objetos e denominações próximas aos fatos. Finalmente, o conceito de bem jurídico deve ser compreensível em geral: deve facilitar o controle democrático do legislador, já que é a primeira coisa que deve ser possível; isso proíbe generalizações nebulosas, que impedem que todos tenham uma ideia[964].

Nessa linha, nota-se que o Direito Penal continuará sendo um instrumento estatal com seu futuro assegurado, chegando a ser ilimitado o seu uso nos dias atuais:

> ... está a reformular as "antigas" disposições de um direito penal entendidas como demasiado "tradicionais", está a aumentar o número de casos de facto, incriminando cada sector, é - por ordem - criar novos números criminais habitualmente úteis apenas no plano simbólico [965].

Por outro lado, a discussão do bem jurídico na sociedade morderna deve partir de um sistema de Direito Penal aberto, que aceite uma postura racional crítica, com valores antropocêntricos (mas com respeito à diversidade de orientação e de interesses com harmonia) e voltado para uma ordem social justa e pacífica, em que o princípio da dignidade humana seja o centro do

---

[963] KHULEN, Lothar. *El Derecho Penal del futuro.* In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NEUMANN, Ulfrid. MARTÍN, Adan Nieto (coordinatores). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo.* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2003, p. 228-229.

[964] HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In: La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimação del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 104;

[965] MAZZACUVA, Nicola. *El futuro del Derecho Penal.* In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NEUMANN, Ulfrid. MARTÍN, Adan Nieto (coordinatores). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo.* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2003, p. 231.

ordenamento jurídico, de modo que a racionalidade desse Direito Penal esteja ligada à sua validade e aceitação social[966].

Mazzacuva afirma que esse Direito Penal ilimitado não tem encontrado resistência e tem como resultado de sua dilatação, o aumento dos processos penais sem sentença[967]. Referido "Direito Penal" não se encontraria limitado pela dogmática penal[968] (justificação e sistematização do objeto), uma vez que não tem independência teórica, mas é dependente da política propensa a soluções rápidas e de baixo relevo, transformando a pena em instrumento de propaganda eleitoral. Essa politização do Direito Penal também se reflete na criminalização de condutas praticadas notadamente pelas classes mais abastadas da sociedade (lavagem de dinheiro, crimes contra o sistema financeiro, entre outros), muitas vezes levando em conta a faceta econômica da globalização[969].

O Direito Penal tem um futuro garantido, pois é um mal necessário, na medida em que ele é empregado como instrumento de pacificação social, como forma de garantir ao indivíduo os pressupostos para o desenvolvimento de sua personalidade (tarefa do Estado Social de Direito)[970].

Roxin aponta que a experiência alemã do pós Segunda Guerra Mundial, com seu avanço econômico e social não foi capaz de eliminar a criminalidade com reformas sociais, colocando em cheque a tese dos abolicionistas. De fato, sempre existirá uma criminalidade dos pobres, das classes médias ou dos ricos, conforme as condições econômicas sejam

---

[966] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro.* Revista da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103, Jan/dez 2008, p. 430-431.

[967] *No Brasil, cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação. Significa dizer que quatro a cada dez presos estão encarcerados sem terem sido julgados e condenados.* Levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen) - junho de 2014, p. 21. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf

[968] Gimbernat Ordeig chama a atenção para o fato de que em um Estado democrático de direito, a dogmática é um instrumento imprescindível para manter o Direito Penal sob controle, de modo a criar leis presididas pelas calculabilidade e racionalidade jurídica. Por isso a dogmática jurídica teria futuro, pois a pena ainda seria um meio terrível e necessário de política social. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática juridico penal?* In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal.* Madrid: Editorial Tecnos, 1990, p. 160-161.

[969] MAZZACUVA, Nicola. *El futuro del Derecho Penal.* In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NEUMANN, Ulfrid. MARTÍN, Adan Nieto (coordinatores). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo.* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2003, p. 235-236.

[970] ROXIN, Claus. *Tem futuro o Direito Penal?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, volume 790, p. 461.

favoráveis ou não para o bem-estar da população. Da mesma forma, a diminuição do controle estatal em relação à vigilância dos cidadãos não promove a redução da criminalidade, mas o inverso. Entretanto, não se trata de uma vigilância invasiva da intimidade das pessoas, mas dentro de limites que não firam a personalidade do indivíduo[971].

A substituição do Direito Penal por medidas de segurança ou mesmo a descriminalização de determinadas condutas não tornarão desnecessário o Direito Penal, porquanto muitos são insensíveis a medidas terapêuticas. O princípio da subsidiariedade reduz a punição ao núcleo essencial, ou seja, àquilo que é necessário à paz social, mas não elimina a aplicação de penas como um todo. Mas ao contrário, o que se percebe é um incremento da legislação penal para atender à demanda de regulamentação das modernas sociedades.

O aumento da esfera de atuação do Direito Penal com suas penas de encarceramento tem grande custo, não só econômico, mas também pelo efeito estigmatizante. Daí a tendência de substituição das penas privativas de liberdade por penas alternativas[972], que propiciem a ressocialização do indivíduo.

> *O* Direito Penal moderno partiu de uma posição que somente conhecia a pena retributiva; esta pena era majoritariamente justificada filosófica ou teologicamente, como na *Alemanha* se via nos influentes sistemas idealistas de Kant e Hegel e também na doutrina das Igrejas. Ao contrário disso, *o* Direito Penal do futuro, ao levar adiante os postulados iluministas, e sob os pressupostos de um mundo completamente modificado, tornar-se-á *cada* vez mais um instrumento de direcionamento social. [973]

6.6.1 Propostas em face da deslegitimação do Direito Penal

As respostas à deslegitimação do Direito Penal vão desde a negação da existência de uma crise do Direito Penal até propostas de sua abolição. Inicialmente, tem-se a ideia de que a ciência jurídico-penal deve reduzir a

---

[971] ROXIN, Claus. *Tem futuro o Direito Penal?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, volume 790, p. 463.

[972] No Brasil, a partir da Lei 9099/1995 foram instituídas diversas penas alternativas para as chamadas infrações de menor potencial ofensivo, bem como a partir de 2011, o Código de Processo Penal passou a prever medidas assecuratórias diversas da prisão (celular), como a prisão domiciliar e monitoração eletrônica, conforme artigo 317 e seguintes daquele diploma legal.

[973] ROXIN, Claus. *Tem futuro o Direito Penal?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, volume 790, p. 474.

completude lógica à interpretação semântica, não devendo haver interferência de outros dados da realidade. Outro pensamento é o preventivo-geral, segundo o qual a pena se legitima em função dos princípios da igualdade e liberdade, de modo que o violador do direito assume a responsabilidade de ser punido (o que seria justo, caso todos os violadores da lei possuíssem as mesmas oportunidades em uma sociedade real). Além disso, o judiciário não teria responsabilidade sobre a legitimidade do sistema penal, cabendo-lhe apenas a resolução dos casos concretos[974].

Como o discurso sistêmico afirma que quando o processo de socialização fracassa, entra em vigor o controle social, cujo sistema social (em que o homem é um subsistema) age para estabilizar as múltiplas expectativas dos homens (subsistemas), de modo que a pena tem por objetivo equilibrar o sistema[975].

Outra proposta é a intervenção mínima negar legitimidade ao modelo atual de sistema penal (marcado pelo excessivo espectro de normas penais) e pregar uma alternativa de diminuição do Direito Penal ao necessário. Nessa linha, Ferrajoli entende que a pena deve ter um sentido utilitário, ou seja, considerar a pena como um preço necessário para impedir danos maiores aos cidadãos, destituída (a pena) de sentimentos de vingança, ou valores religiosos ou éticos.

> ... o utilitarismo penal é, em princípio, uma doutrina ambivalente. Logicamente, duas versões podem ser desenhadas, dependendo do tipo de propósito atribuído à penal e ao Direito Penal. Uma primeira versão é aquela que compara o final com a máxima utilidade possível que pode ser assegurada para a maioria dos não-desviantes. Uma segunda versão é aquela que se assemelha ao fim com o sofrimento mínimo necessário a ser infligido à minoria desviante. A primeira versão relaciona o fim (apenas) aos interesses da seguridade social, diferentemente daqueles que pertencem aos sujeitos aos quais a penalidade é aplicada, e impossibilita a comparação entre custos e benefícios. A segunda diz respeito ao fim (também) com os interesses dos mesmos destinatários da pena - que, na ausência dela, poderiam sofrer maiores males extra-penais - e permite então a comparação entre eles e os meios penais adotados. [976].

---

[974] ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *En busca de las penas perdidas.* Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 84-87.

[975] ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *En busca de las penas perdidas.* Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 89-91.

[976] FERRAJOLI, Luigi. *El Derecho Penal mínimo.* Revista Poder y Control nº 8, 1986, titulada: Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas, p. 06-07.

Prossegue Ferrajoli afirmando que um sistema penal estará justificado quando se minimiza a violência arbitrária em sociedade, o que será alcançado por meio da satisfação das garantias penais e processuais de um Direito Penal mínimo. Por outro lado, o Direito Penal não é o único meio, nem o mais importante para prevenir delitos e reduzir a violência arbitrária[977].

Já o abolicionismo, como o nome indica, propõe a abolição radical dos sistemas penais atuais, os quais devem ser substituídos por instâncias ou mecanismos de controle informais *(abolição das instituições totais, descriminalização de muitos comportamentos criminalizados (...) contenção do poder discricionário das agências de controle social (magistratura e polícia)* [978]*.*

Sendo assim, os abolicionistas[979] se opõem à apropriação do conflito pelo Estado, uma vez que esse não conhece de fato o seu conteúdo, de modo que as respostas dadas pelo Direito Penal são proibições gerais e homogêneas. Sob uma análise dita realista e radical, todos os atuais sistemas penais estariam desqualificados, funcionando o jurista como um tecnocrata[980], de modo que, segundo Baratta, não é possível reconstruir um modelo integrado de ciência penal, em que a ciência social funciona como auxiliar da ciência jurídica, pois a ciência não tem condições de refletir e superar sua própria ideologia negativa (sistema repressivo que não tem um projeto alternativo de repressão de comportamento socialmente negativo ou problemático). Para resolver o problema, seria necessário um novo modelo, cuja relação entre ciência social e discurso dos juristas seja de ciência e técnica e não entre duas ciências. Isso significa dizer que a técnica jurídica representaria a preparação de diplomas legais, interpretação e dogmática com finalidades político-criminais, levando-se

---

[977] FERRAJOLI, Luigi. *El Derecho Penal mínimo.* Revista Poder y Control nº 8, 1986, titulada: Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas, p. 15.

[978] PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002, p. 163.

[979] Segundo Ciafardini e Alargia, no prólogo do livro Abolicionismo Penal, *Diferencias sustanciales separan la opción abolicionista de la realista en el entendimiento del crimen en sociedad, pero entre ambas hay acuerdo en que el sistema penal en su conjunto cumple una función modeladora hacia pautas de conductas determinadas, en un contexto de control social más amplio, a fin de disciplinar el comportamiento humano en sociedade.* CIAFARDINI, Mariano. ALARGIA, Alejandro. *Abolicionismo Penal.* In: HULSMAN, Louk H. C. MATHIESEN, Thomas. CHRISTIE, Nils e outros. *Abolicionismo Penal.* Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 10.

[980] ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *En busca de las penas perdidas.* Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 96.

em conta o marco constitucional de garantias e a dinâmica das relações sociais[981].

Os abolicionistas apontam que a decadência da ideia de ressocialização é um ponto pouco discutido na atualidade, relativo à ilegitimidade da pena de prisão, considerando-se o desgaste do sistema carcerário. O abolicionismo não seria um novo paradigma ou um salto revolucionário, mas uma teoria sensibilizadora que acaba por desestabilizar as crenças causal-axiológicas sobre as quais se construiu o sistema de justiça penal atual, uma crítica negativa, deixando de pressupor uma estabilidade do sistema social, para investigar os processos sociais em sua realidade, em que predomina a dominação ideológica[982].

6.7 Direito Penal, controle social e bem jurídico

A evolução histórica do Direito Penal aponta para o fato de que a ideia de bem jurídico nasceu no seio do Estado liberal, ao lado do princípio da legalidade, para promover a limitação do poder punitivo estatal, ao passo que, na atualidade, com a busca por segurança, o moderno Direito Penal se vale do conceito de bem jurídico para justificar uma maior intervenção na vida social.

Com efeito, a ideia de aplicação de castigo em sociedade àqueles que transgridem as normas de convívio é algo que sempre existiu, seja por meio de controles informais ou formais. Mas na atualidade, a proliferação de áreas de interesse da sociedade (meio ambiente, economia, consumidor, telecomunicações, entre outros) e a descrença em outras instâncias formais de controle como o Direito Administrativo, vem colocando o Direito Penal como a primeira linha de defesa (ou ataque) de novos bens jurídicos em sociedade.

O Direito Penal tem por escopo tradicional garantir uma forma de controle social formal, cujas penas também trazem consigo um juízo social negativo, estigmatizante. Por mais paradoxal que possa parecer, os abolicionistas pregam o fim do Direito Penal, mas não o fim do controle social,

---

[981] BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociologia jurídico-penal.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 161-162.
[982] SCHEERER, Sebastian. Hacia el abolicionismo. In: HULSMAN, Louk H. C. MATHIESEN, Thomas. CHRISTIE, Nils e outros. *Abolicionismo Penal.* Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 21-22

pois todo grupo social é marcado por normas, sanções e processos. O controle social sempre existirá, mas o que causa preocupação é a forma como ele é levado a cabo. A formalização do controle gerado pelo Direito Penal permite a sua previsibilidade e transparência, tornando suportável as ameaças desse ramo do Direito[983]. Essa formalização do Direito Penal como instrumento de controle social, se dá por meio princípio da legalidade, que por sua vez encontra respaldo na Constituição[984]. A legalidade pode ser dividida em quatro subprincípios: certeza, proibição de analogia, proibição do uso de direito consuetudinário e proibição da retroatividade. A certeza se dirige ao legislador, o qual deve determinar, em linguagem simples (do cotidiano), compreensível e precisa[985], por meio da lei, qual conduta entende ser delitiva, permitindo que o efeito intimidatório da pena seja previsível[986].

Ao ser obrigado a elaborar normas penais precisas, o legislador deve ser claro e previsível, de modo que os juízes sejam proibidos de se valer de analogia *in malam partem*, ou seja, modificar conceitos legais, suprindo deficiências do tipo penal, comparando com outro tipo, para incriminar. Já a proibição de uso do direito consuetudinário tem se tornado difícil de encontrar em face da proliferação de normas penais em diversos setores da vida social[987].

---

[983] HASSEMER, Winfried. *¿ Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 106.

[984] Estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu artigo 5°: XXXIX - *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação lega*l.

[985] Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 1° da Lei 8137, de 27 de dezembro de 1990 é inconstitucional, porque deixa a certeza do prazo legal nas mãos da autoridade administrativa, a quem cabe definir o que é ou não matéria complexa para fins tributários:

Art. 1° Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

(...)

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

[986] HASSEMER, Winfried. *¿ Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 111-117.

[987] HASSEMER, Winfried. *¿ Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 120.

O bem jurídico aparece nesse contexto de controle formal do Direito Penal de duas formas: ordenando os tipos penais previstos na parte especial dos Códigos Penais e vinculando o poder regulamentador do legislador penal[988].

No primeiro caso, os bens jurídicos que sejam afetos a interesses próximos são condensados dentro dos mesmos títulos e capítulos, sendo que quanto mais próximos forem os interesses da pessoa humana, maior será a valoração e consequente sanção à violação destes bens jurídicos.

No segundo caso, a tarefa é definir quais diretrizes superiores irão vincular o legislador. Hassemer inicia a busca por tais diretrizes no direito natural, o qual contém as normas fundamentais vinculantes de qualquer administração da justiça em qualquer parte, representado verdades inquestionáveis que podem ter como fonte a vontade divina, a razão ou a natureza. Entretanto, diante das variações culturais e da própria ciência, a ideia de normas invariáveis começou a ser questionada, passando a Constituição a estabelecer um norte no Estado de direito. Exemplo disso são os bens jurídicos universais valorados com a complexidade das sociedades modernas (sempre em estado de alerta contra eventuais perigos) em comparação com os bens jurídicos tradicionais. Com isso, *na lógica dessa evolução, há muito mais o desejo de um controle permanente, completo e efetivo das fontes de perigo do que o de ter uma lei penal restritiva e fragmentária,*[989] de modo que o bem jurídico deixa de ser um freio do poder punitivo estatal para ser uma justificativa para um mandato incriminador face a eventuais riscos da sociedade moderna. Nessa linha, é preciso conter o poder do legislador ao estritamente necessário (o princípio da necessidade não pode substituir a ideia de bem jurídico), valendo-se do princípio da proporcionalidade, que promove a combinação de elementos empíricos e normativos do sentido jurídico, ou seja, promove a vinculação dos bens jurídicos à realidade, diminuindo o arbítrio do legislador que deve agir de acordo com as possibilidades reais da vida em sociedade[990].

---

[988] HASSEMER, Winfried. *¿ Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 129.
[989] HASSEMER, Winfried. *¿ Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 137.
[990] HASSEMER, Winfried. *¿ Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 141.

6.8 Funções do Direito Penal

O Direito Penal moderno, como visto, deve estar legitimado a realizar os fins a que se propõe em uma sociedade democrática: máxima proteção e máximas garantias. Deve o Direito Penal prevenir o delito e não ser uma forma de resposta a clamores sociais ou instrumento de terror no momento da execução da pena criminal[991].

De acordo com Silva Sánchez[992], o Direito Penal exerceria funções ético-social, simbólica e de satisfação da psicologia social, embora não se possa deixar de considerar a função de repressão, de prevenção geral negativa e criminógena. Esta última, decorrente da estigmatização que o Direito Penal produz sobre o indivíduo em sociedade, com uma consolidação do *status* de delinquente:

> o fato de os perpetradores de certos comportamentos serem objeto da ação das agências de repressão criminal não é destituído de influência, especialmente por seu efeito estigmatizante, na realidade social do desvio e na consolidação do. estatuto social do agressor. Em outras palavras, o desvio e o status social do agressor não são uma realidade completamente preconceituosa em relação às reações institucionais que uma determinada sociedade representa, uma realidade que poderia, portanto, ser estudada de forma completamente independente dessas reações. Se isso é verdade, o mesmo se aplica às reações não-institucionais, porque o efeito estigmatizante da reação da opinião pública sobre o status social do ofensor talvez não seja menos significativo do que aquele próprio da ação dos órgãos oficiais do governo de reação penal[993].

O Direito Penal manifesta uma função ético-social ao promover uma configuração dos costumes sociais por meio das normas que informam quais bens jurídicos são dignos de proteção (mínimo ético da comunidade). Promove-se a educação dos cidadãos, inculcando nestes, valores favoráveis ao Direito, obtendo-se assim uma proteção dos bens jurídicos[994]. Por outro lado, questiona-

---

[991] SALES, Sheila Jorge Selim de. *Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico.* Revista dos Tribunais n° 848, junho de 2006, p. 418.
[992] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 299.
[993] BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociologia jurídico-penal.* Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2004, p. 16.
[994] Os exemplos são os mais variados. Podem ser citados no Brasil o Estatuto do Desarmamento (lei 10826 de 22 de dezembro de 2003) e a Lei Maria da Penha (lei 11340 de 07 de agosto de 2006), cujos objetivos são introduzir na mentalidade da população uma cultura de paz, contrária à posse de armas e uma cultura de respeito às mulheres contra diversas formas de agressão física e psicológica.

se, em face da separação entre Direito e Moral, se o Direito Penal poderia configurar a consciência interna dos cidadãos (adesão e fidelidade ao Direito), com uma substituição de valores preexistente no indivíduo, por valores que representam o ordenamento jurídico[995]. Nessa linha, não cabe ao Direito Penal reforçar processos educativos ou mesmo criá-los em uma política criminal de índole democrática, pois cabe àquele ramo uma proteção neutra de bens jurídicos, cabendo a outros âmbitos a função ético-social, pois existem comportamentos antiéticos que não são sancionados pelo Direito Penal. Além disso, a descriminalização de certas condutas como no caso do não afetam a valoração ética negativa existente em sociedade:

> Assim, em nossos dias, a ideia de que o que não é punível "pode ser feito" (aplicado, por exemplo, à atividade corrupta de certos políticos) é relativamente comum na opinião pública. De fato, amplos setores da sociedade parecem incapazes de enfrentar uma censura moral àqueles que não são sancionados (por qualquer razão) pelos tribunais criminais. É assim que a reivindicação (ou não-neutralização do fato) de que o direito penal moraliza acaba por ter amplos efeitos de "desmoralização" da sociedade.[996].

O Direito Penal deve se assentar em bases do garantismo penal que às vezes podem coincidir com a ética social, adequando a conduta dos indivíduos a certas diretrizes e não a uma adesão pessoal aos valores expressados pelas normas penais.

Bechara diferencia a função da pena da função do Direito Penal, em uma relação meio/fim, de modo que a o fim da pena corresponde à prevenção de delitos (meio) e o fim do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. Essa identificação dos fins do Direito Penal com a proteção de bens jurídicos impede que interesses ou convicções morais sirvam de fundamento de incriminação. Acrescente-se a isso a necessidade de conceber a função do Direito Penal como subsidiária de proteção de bens jurídicos que tenham valor social, ou seja, proteção do indivíduo e da sociedade em face de riscos sociopolíticos intoleráveis[997].

---

[995] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 302.
[996] Nota de rodapé. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 303.
[997] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 70-72.

A função do Direito Penal está relacionada com o efeito motivador da sanção penal (exemplo social), sopesada pelo juízo de necessidade, para se evitar a sua aplicação desnecessária.

> Referido juízo de necessidade somente poderá ser complementado com a ideia valorativa presente na norma, entendida em seus sentidos objetivo (a relevância da incriminação de determinada conduta depende da objetiva ofensa ao interesse social tutelado pela norma), e subjetivo (a busca da motivação do indivíduo ao cumprimento ou respeito à norma é, também, a busca de sua consciência em relação ao interesse social dela contido), ainda que a motivação e a valoração se possam dar em momentos distintos[998].

Para a caracterização de uma conduta como crime é necessário que haja exteriorização da vontade contrária à norma de comando e que essa vontade se materialize em uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico[999].

6.8.1 A função simbólica da pena

Inicialmente, é necessário estabelecer um comparativo entre a função simbólica (criação de novos tipos penais com vistas a gerar na opinião pública um efeito tranquilizador) e a função instrumental do Direito Penal.

Enquanto a função simbólica tem por objetivo dar uma impressão tranquilizadora que algo está sendo feito para a solução de algum problema (o que só ocorre nas mentes dos políticos e dos eleitores) a função instrumental quer *influência através de mandatos e proibições efetivas e pela efetiva aplicação das conseqüências jurídicas de sua infração ao comportamento de seus destinatários, a fim de obter o efeito desejado, modificar a realidade*[1000].

A partir do momento em que o Direito Penal se torna incapaz de cumprir sua finalidade de proteção de bens jurídicos (meramente simbólico[1001]), ele perde sua credibilidade, o que por sua vez impede a realização da sua função instrumental. Entretanto, podem ocorrer situações em que esse caráter simbólico possua efeitos sociais a curto prazo (na consciência dos cidadãos), passando a

---

[998] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 77.
[999] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 79.
[1000] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.* Barcelona: Jose Maria Bosch editor SA, 1992, p. 305.
[1001] Exemplo disso no Brasil é a 13497 de 26 de outubro de 2017 que tornou crime hediondo a posse ou porte de armas de fogo de uso restrito. O que se almeja com esta lei: intimidar traficantes e assaltantes de banco? Mostrar à sociedade brasileira que o Congresso nacional está atento ao fenômeno criminal e está agindo para combatê-lo?

ter um efeito instrumental (confiança no ordenamento jurídico, crença na importância do bem jurídico), mas a médio e a longo prazo a perda da confiança social no Direito Penal irá aumentar em face da inaplicação ou ineficácia das normas penais[1002].

6.8.2 Satisfação de necessidades psicológicas sociais

A pena cumpriria uma função de necessidades psicológicas da coletividade, o que coloca em questão se essas necessidades podem servir de farol (fim legitimador) para uma intervenção do Direito Penal. Nesse ponto, Silva Sánchez afirma que tendências irracionais e subconscientes da sociedade não servem de parâmetro de uma teoria legitimadora da intervenção penal.

6.8.3 A Função de repressão e prevenção especial negativa

O Direito Penal exerce sobre o indivíduo uma função restritiva (repressiva) de direito fundamental consistente na provação de bens jurídicos (liberdade, propriedade etc), quando as respostas simbólicas não são suficientes à prevenção do delito. Essa função repressiva é um meio para a legitimação do Direito Penal, cujos efeitos imediatos são a prevenção especial negativa, que se divide em intimidação individual e inocuização (isolamento perpétuo do criminoso incorrigível), pois a pena criminal representa um mal sobre o afetado, que de certa forma será intimidado e terá cerceados certos direitos por um dado tempo[1003]. Por outro lado, estes efeitos de intimidação individual e inocuização do delinquente estão muitas vezes atrelados às penas privativas de liberdade, que, empiricamente, demonstram ser mais dessocializadoras, de modo que a aplicação da pena no caso concreto deve levar em conta o princípio da dignidade humana para que haja legitimação dos fins preventivos da medida imposta ao delinquente.

[1002] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 306-307.
[1003] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona: Jose María Bosch editor SA, 1992, p. 308-309.

CONCLUSÕES

A chamada sociedade do risco é fruto da evolução causada pelo progresso científico e tecnológico da sociedade industrial, sendo marcada pelos seguintes traços: os riscos são um fenômeno estrutural dela, criados por decisão humana, com efeitos colaterais indesejados, não delimitáveis no tempo e no espaço, e com forte influência sobre a opinião pública.

Dentro desse quadro, o Direito Penal atual apresenta-se marcado por uma profunda crise de legitimidade, na medida em que não consegue solucionar as demandas, da sociedade do risco, por segurança, caindo, por fim, em descrédito. Nessa mesma linha de pensamento, tem-se a crise do bem jurídico em face da descrença de que este seja um critério adequado para identificar quais interesses devem ser dignos da tutela penal, limitando assim o uso do Direito Penal.

De fato, a decisão pelo que deve ou não ser protegido pelo Direito Penal não é neutra; ao contrário epresenta uma escolha política, limitada pelas ideologias estruturais para o adequado funcionamento do sistema social.

O bem jurídico na sociedade do risco é desmaterializado ou espiritualizado, ou seja, o que se protege é supra-individual. Isso é verificado pela passagem da proteção de bens jurídicos individuais e identificáveis (Direito Penal clássico), para a proteção daqueles vagos e imprecisos, gerando dificuldade de delimitação do bem jurídico tutelado, de determinação da relação de causalidade e o desrespeito dos princípios da ofensividade e intervenção mínima.

Há uma ampliação do âmbito de atuação do Direito Penal, com a predominância de bens jurídicos coletivos, com o emprego de tipos penais de perigo abstrato como forma de antecipação da tutela estatal com o objetivo de criar uma sensação de segurança.

Diante da evolução social, os bens jurídicos não podem representar um conceito fechado ou material, o que comprometeria sua função político-criminal, mas devem ser um padrão crítico de verificação da legitimidade do Direito Penal.

Diante do exposto, extraem-se as seguintes conclusões pontuais:

1- O Direito Penal não pode ser empregado como forma de resposta às incertezas que marcam a sociedade contemporânea do risco, pois quanto mais complexa é uma sociedade, maiores são os níveis de organização, o que torna o indivíduo intercambiável (substituível). Isso produz no Direito Penal uma diluição da culpabilidade por fato individual, dificultando o estabelecimento do nexo causal entre o dano ou perigo de dano e o autor do fato. As normas penais somente são cientificamente adequadas se baseadas em condições prévias objetivas e de probabilidade de efeito concreto, para se garantir efetividade e instrumentabilidade à função punitiva do Estado. Isto faz com que se garanta a observância da técnica penal na construção de tipos. Como exemplo dessa situação de inobservância da técnica penal, em que sequer há demonstração do dano ou perigo de dano, pode ser citado o artigo 51 da Lei de crimes ambientais: *Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.* Nessa hipótese, o tipo penal não demonstra qualquer lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico meio ambiente pela comercialização de uma motosserra, sem registro ou licença da autoridade competente, ou mesmo quando do uso de tal equipamento em florestas e demais formas de vegetação. Não pode ser aceita a “flexibilização” do Direito Penal, em nome de uma rápida e eficaz resposta estatal,

em detrimento de garantias processuais de atribuição de responsabilidade e de comprovação do dano ou perigo de dano ao bem jurídico.

2- O Direito Penal não pode ser empregado como meio de controle acessório de outros ramos do Direito Público para regular situações emergenciais ou particulares. Nesse ponto, é preciso equilibrar os princípios do Direito Penal clássico com as exigências contemporâneas da sociedade do risco, devendo o Direito Penal moderno ser voltado aos interesses que forem fundamentais ao indivíduo (subsidiariedade), depois que os demais meios de controle social falharem (fragmentariedade). A Lei n° 10.684, de 30 de maio de 2003, em seu artigo 9° é um exemplo de um acessório do Direito Penal, quando é suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. Verifica-se, neste caso, que o legislador substituiu os meios processuais de cobrança à disposição do Estado, previstos na Lei de Execução Fiscal, pela coação indireta do Direito Penal, em clara ofensa aos princípios de subsidiariedade e fragmentarieade.

3- O conceito formal de bem jurídico não é capaz, por si só, de estabelecer quais valores ou interesses devem ser protegidos pelo Direito Penal, pois existem bens jurídicos tutelados por outros ramos do Direito. Dessa forma, é necessário levar em conta um conceito político-criminal que situe os bens merecedores de tutela penal no terreno social, como fundamentais para o desenvolvimento da sociedade e do indivíduo.

4- No contexto da sociedade do risco, a teoria do bem jurídico apresenta-se atual e indispensável para aferir a legitimidade e a cientificidade do poder punitivo estatal na sociedade do risco, definindo os valores ou interesses que sejam fundamentais para o desenvolvimento do indivíduo em sociedade. Nesse ponto, a

função do bem jurídico é: a) definir o conteúdo material do injusto penal, medindo o índice de desvalor de uma conduta (função axiológica). Embora o tipo penal não se confunda com a norma, aquele é um reflexo invertido (como em um espelho) do bem jurídico tutelado. Ou seja, enquanto o tipo penal descreve uma conduta em forma de ação/omissão, informa-se qual imperativo de comportamento (ação/omissão) que se está esperando para a proteção do bem jurídico. No caso do homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal, *matar alguém* **(conduta positiva)**, aguarda-se um comportamento (omissivo) de não tirar a vida (bem jurídico tutelado) de outrem. Outro exemplo é o artigo 135 do Código Penal: *deixar* **(conduta negativa)** *de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal...* Nessa hipótese, o comando de comportamento é o de prestar assistência **(conduta positiva)**, para salvaguardar a vida e a integridade física de terceiros (bem jurídico tutelado); b) servir de filtro às exigências da sociedade do risco, informando quais valores ou interesses são dignos de proteção penal (função exegética), pois a lesão ao bem jurídico permite uma fundamentação do conteúdo material deste, reduzindo o Direito Penal ao mínimo imprescindível. Nessa linha, mostra-se desnecessário, do ponto de vista penal, o artigo 63 do Código de Defesa do Consumidor que considera crime *deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado*, pois não há demonstração no tipo penal de qualquer tipo de lesão ou perigo de lesão aos interesses do consumidor; c) interpretação teleológica de normas penais, valoração do sistema positivo e de política criminal, bem como critério de classificação dos tipos delitivos (função sistemática). Isto pode ser identificado na escala de valores existente na parte especial do Código Penal, que se inicia com a proteção da pessoa.

5- Devem ser consideradas não científicas as estruturas em que não se possa identificar de forma concreta a proteção de bens jurídicos, bem como aquelas em que a antecipação da proteção

penal é fundada em perigo incerto ou se refira à violação de norma ou autorização administrativa. O mesmo pode ser afirmado sobre os delitos de acumulação, quando o perigo ao bem jurídico é incerto e a ação insignificante no contexto da unificação com outras.

6- A demanda por segurança na sociedade do risco deve implicar uma conciliação dos fundamentos tradicionais do Direito Penal (legalidade estrita, fragmentariedade, subsidiariedade) com o emprego desse ramo apenas em situações excepcionais, quando vulnerados valores ou interesses fundamentais do indivíduo. Dessa forma, o Direito Penal do risco deve se adaptar.

7- Diante da evolução da sociedade, a existência de bens jurídicos coletivos é uma realidade imprescidível, não só em face do reconhecimento de valores e interesses já existentes (meio ambiente, por exemplo) e o surgimento de outros novos, como é o caso da ordem econômica. Em ambos os casos, mesmo diante da complexidade das relações sociais e o emprego de crimes de perigo abstrato como forma de antecipação da tutela penal, os bens jurídicos coletivos não podem apresentar um conteúdo vago, mas devem ser descritos de forma concreta, voltados para a proteção do indivíduo, de modo a permitir a identificação do dano e da vítima.

8- A criação de tipos penais na sociedade do risco deve ocorrer o suficiente para garantir a convivência em sociedade, com respeito à dignidade humana, o que cientificamente comprova o respeito aos princípios da culpabilidade, da intervenção mínima e a justificativa de comportamento típico.

9- A Constituição é uma referência de quais valores são considerados positivos em um Estado Democrático de Direito, de modo que não é possível a criação de bens jurídicos que sejam contrários àqueles valores. Por outro lado, isso não significa que o legislador tenha certa margem de discricionariedade para criminalizar ou descriminalizar certas condutas, desde que se leve em conta a promoção de direitos fundamentais e a evolução dos

interesses sociais. Exemplo disso é a descriminalização do adultério, em que a intromissão do Estado na esfera privada era evidentemente degradante. O mesmo pode se afirmar em relação ao revogado crime de sedução, no qual se tinha por objetivo proteger a mulher virgem menor de dezoito anos e maior de quatorze, com a qual se viesse a ter carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança.

10- O Direito Penal na sociedade do risco deve se submeter aos princípios do garantismo, de modo a minimizar a violência da intervenção punitiva estatal, de tal forma que o método jurídico penal deve garantir a vinculação do discurso jurídico penal e da política. As normas penais obedecem a uma existência jurídico-racional, em que a dogmática penal tenha uma função de sistematização e ordenação do direito, em que a dignidade humana esteja no centro dos valores e interesses protegidos.

11-Na sociedade do risco há o predomínio de uma metodologia baseada no pensamento funcionalista, que tem por objetivo a validade do sistema jurídico, e, por via de consequência, promoverá a segurança social. O funcionalismo possui um caráter positivista (calcado na causalidade e que prega a validade de leis que não variam no tempo, nem no espaço, despido de conteúdo axiológico ou valorativo). Verifica-se nesse ponto um retrocesso a um período anterior a Von Liszt, que distinguiu a antijuridicidade formal (violação da lei) e material (violação do bem jurídico). Isso ocorre porque para o funcionalismo o bem jurídico é a própria garantia das expectativas sociais em face das normas estipuladas pelo Estado, não havendo distinção entre antijurididade formal e material.

12- As leis penais, leis na sociedade do risco, são construídas a partir de dados técnicos das mais diversas áreas do conhecimento científico (medicina, telecomunicações, agronomia etc.) para estudar e diminuir os impactos dos riscos existentes na vida em sociedade (alimentos transgênicos, radiações, por exemplo). Por isso, ocorre a antecipação da intervenção penal com o escopo de

se prevenir a provável causa de um dano, que muitas vezes sequer é materializado ou mensurado, como no já mencionado exemplo de uso de motosserra sem autorização legal. Não há a eliminação das atividades arriscadas, mas elas são autorizadas dentro de certas margens de controle e de acordo com dados técnicos. que transformam o Direito Penal em gestor de riscos. Para se contrapor a essa posição funcionalista no contexto da sociedade do risco, o bem jurídico deve ser enquadrado dentro de uma perspectiva valorativa, que leve em consideração interesses que sejam tidos como fundamentais para o indivíduo à luz do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *La pretensión de universalización del Derecho como ambiente ético común.* In: In: LOSANO, Mario G. MUÑOZ CONDE, Francisco (Coordinadores). EL DERECHO ANTE LA GLOBALIZACION Y EL TERRORISMO. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004;
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael.*¿ Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito.* Barcelona: Atelier, 2003;
- ALEXY, Robert. *¿ Derechos humanos sin metafísica?* Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho, 30 (2007);
-_____. *Teoria discursiva do direito.* Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014;
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *Bien Jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos.* Valladolid: ediciones Universidad de Valladolid, 2014;
- ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito.* Valencia:Tirant lo Blanch, 1999;
-AMBOS, Kai. *La intemacionalización del Derecho penal y América Latina.* In: LOSANO, Mario G. MUÑOZ CONDE, Francisco (Coordinadores). EL DERECHO ANTE LA GLOBALIZACION Y EL TERRORISMO. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004;
- AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz Und schutz der gesellschaft***.** Athenäum Verlag GmbH. Frankfurt: 1972;
-_____. *El concepto "bien Jurídico" en la teoria de la protección penal de biens jurídicos.* In: La teoria del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimação del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? In: La teoria del bien jurídico HEFENDEL, Roland (ed).. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007;
- ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal. 2ª edición.* Madri: Akal, 1986;
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fundamento do direito: entre o direito natural e a dignidade da pessoa.* In: *Do direito natural aos direitos humanos.* HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. (Org). Coimbra: edições Almedina SA, 2005;
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general.* 2ª edición, totalmente

renovada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1999;

-_____. *Princípios constitucionales de derecho penal.* Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L., 1999;

-_____. *Derecho Penal Y el Estado de Derecho*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2005;

- BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico penal supraindividual.* Belo Horizonte: D´plácido, 2017;

- BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología critica.* In: RAMÍREZ, Juan Bustos. *Pena y Estado. Función simbólica de la pena.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995;

-_____. *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introdución a la sociologia jurídico-penal.* Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2004;

-_____. BARROSO, Luis Roberto Barroso. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013;

- BASCUÑÁN RODRIGUES, Antonio. *Derechos fundamentales y Derecho Penal.* Revista de Estudios de la Justicia, n° 09, 2007;

- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marches di, 1738-1794. *Dos delitos e das penas.* São Paulo: Martin Claret, 2014;

- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro.* Revista da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103, Jan/dez 2008;

-_____.*O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual.* Revista Liberdades, n° 1, maio- agosto de 2009;

-_____. *Bem Jurídico-Penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014.

- BECK, Ulrich. *La reinvención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernización reflexiva. Politica, tradición y estesticia en el orden social moderno. Madrid. Alianza editorial, 2001;

-_____. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paidós, 2002;

- _____. *La sociedad del riesgo mundial. Em busca de la seguridade perdida.* Barcelona: Paidós, 2008;

-BERGALLI, Roberto. *Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía.* In:LOSANO, Mario G. MUÑOZ CONDE, Francisco (Coordinadores). El Derecho Ante la Globalizacion Y El Terrorismo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004;

- Bíblia sagrada. São Paulo: Paulus, 1990.

-BIDART CAMPOS, Gérman. J. *Teoria General de los derechos humanos.* México: Universidade Autónoma de México, 1989;

- BINDING, Karl. *Grundriss des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil*. Leipzig_ Felix Meinar, 1913;

-BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens. Archiv des Criminalrechts* (1834) In: VORMBAUM, Thomas (Hrsg)Moderne deutsche Strafrechtsdenker. Springer: Belin Heidelberg, 2011;

- BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.* Coimbra: Almedina, 2004;

-_____. *Francisco de Vitória e a raiz da dogmática do Direito Penal.* In: *Do direito natural aos direitos humanos.* HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. (Org). Coimbra: edições Almedina SA, 2005;

-_____. *Teoria jurídica do crime. 4ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015;

-_____. *BEM JURÍDICO E NORMA PENAL: A FUNÇÃO DA ANTINORMATIVIDADE NA TEORIA DO CRIME*. *DELICTAE*, Vol. 3, No4, Jan.-Jun. 2018, p. 08-09;

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

-_____. Decreto-Lei n° 2848 de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal);

-_____. Decreto-Lei n° 3689 de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal);

-_____. Projeto de lei da Câmara 18/2017 Disponível em: http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5065865&disposition=inline. Acesso em 23/11/2017;

-_____. ***Quais os efeitos da exposição a ondas eletromagnéticas de radiofrequência?*** Disponível em: http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNivelDois.do?codItemCanal=1030

-_____. Lei nº 5700 de 1º de setembro de 197;

-_____. Lei n° 6001 de 19 de dezembro de 1973;

-_____. Lei n° 6683 de 28 de agosto de 1979;

-_____. Lei n° 7.210 de 11 de junho de 1984;

-_____. Lei n° 8078 de 11 de setembro de 1998;

-_____. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

-_____. Lei n° 10826 de 22 de dezembro de 2003;

- _____. Lei n° 11.105 de 24 de março de 2005;

-_____. Lei n° 11340 de 07 de agosto de 2006;

-_____. Lei n° 12737 de 30 de novembro de 2012;

-_____. Lei n°12850 de 02 de agosto de 2013;

-_____.Lei n° 13.260 de 16 de março de 2016;

-_____. Lei n° 13497 de 26 de outubro de 2017;

-_____. PORTARIA N° 56 - COLOG, DE 5 DE JUNHO DE 2017.

-_____. Ministério da Justiça. *MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira* http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira .

-_____. Ministério da Justiça. *Diagnóstico dos homicídios no Brasil*. http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos_diversos/1diagnostico-homicidios.pdf

-_____. Ministério Público Federal. *Parecer 58/2016.* http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/4REnoCC149.964PACrenaindgena.pdf.

-_____. *Levantamento Nacional de informações penitenciária-INFOPEN-junho de 2014.* http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf.

-_____. Senado Federal. *Projeto sobre combate ao infanticídio em áreas indígenas gera polêmica. https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/14/projeto-sobre-medidas-de-combate-ao-infanticidio-em-areas-indigenas-gera-polemica*

-_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito Fundamental n°54;

-_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI questiona emenda constitucional que permite a prática de vaquejada. http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348571;*

-_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* número 134982;

-_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 98616;

-_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 82424**;**

-_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 122694**;**

-_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 93187**;**

-_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 120994;

-_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 120994**;**

-_____.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 459510;

-_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 112388**;**

-_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 459510;

-_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126315;

-_____.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 583523;

-_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 104410;

-_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 203103 / MG. 5ª Turma;

-_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 40884;

-_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 389187;

-_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.485.830-MG**;**

-_____.Tribunal Regional Federal da 4ª Região. - APELAÇÃO CRIMINAL ACR 5860 SC 2000.72.05.005860-0 (TRF-4) ;

-_____. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região.** - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RSE 1289 RS 2007.71.17.001289-9 ;

- BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* 4ª edición aumentada e corregida. Barcelona: PPU S.A., 1994;

-_____. *Introducción al Derecho Penal*.Tercera edición, ampliada y corregida. Bogotá-Colombia: Editorial Themis S.A., 2005;

-BUSTOS RAMÍREZ, Juan, HORMAZÓBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1997;

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y princípios constitucionales.* 3ª edición. Valencia: T1RANT LO BLANCH, 1999;

- CARBONELL, Miguel. *Presentación: Nuevas formas de proteger los derechos fundamentales.* In: El princípio de proporcionalidad y la proteccíon de los derechos fundamentales. Miguel Carboenll (coordinator). México: Comisión Nacional de los derechos humanos, 2008;

- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. *El tipo penal en Beling y los neokantianos*. Tese de doutorado. Barcelona, 2002;
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. *Algumas cuestiones sobre el derecho penal de la globalización em el planteamineto del professor Jesús-Maria Silva Sánchez.* In: ROBLES PLANAS, Ricardo. GUTIÉRREZ, Pablo Sánchez-Ortiz. *La crisis del Derecho penal contemporâneo.* Barcelona: Atelier, 2010;
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. vol.1 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005;
-CASTILLA del Pino, Carlos. *Teoria de los sentimentos.* Barcelona: Tusquets editores SA, 2001;
- CASTILLO GONZÁLES, Francisco. *El bien jurídico penalmente protegido.* San José da Costa Rica: Editorial Jurídica continental, 2008;
- CEREZO MIR, José. *Los delitos de peligro abstrato em el âmbito del derecho penal del riesgo.* Revista de Derecho Penal Y criminologia, 2ª época, n° 10 (2002);
- _____. *CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL PARTE GENERALI Introducción.* Madrid: Tecnos, 2005;
- CIAFARDINI, Mariano. ALARGIA, Alejandro. *Abolicionismo Penal.* In: HULSMAN, Louk H. C. MATHIESEN, Thomas. CHRISTIE, Nils e outros. *Abolicionismo Penal.* Buenos Aires: Ediar, 1989;
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpret acion de tipos penales clásicos.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999;
- CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos de obstáculo. Tensión entre política criminal y teoria del bien jurídico.* Granada: Editorial Comares, 2002;
- DAHM, Georg. SCHAFFSTEIN, Friedrich. ¿Derecho penal liberal o Derecho penal autoritario? Buenos Aires: Ediar, 2011;
- Diário El Mundo. *El largo camino hacia el juicio.* https://web.ua.es/up/pinochet/noticias/agosto/09-agosto-mundo.html.
- DIEZ RIPOLLES, José Luis. *El bien jurídico protegido em um Derecho penal garantista.* Madrid: Revista Jueces para la democracia, n° 30, noviembre/1997;
-_____. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoria.* Madrid: Editorial Trotta, 2003;

-_____. *Derecho Penal Español.* Parte general em esquemas. Valencia: Tirant lo blanch, 2007;

- ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la vítima.* In: El bien jurídico em los análisis dogmáticos y políticos del Profesor Albin Eser. Santa Fé : Secretaria de Posgrado y Servicios a Terceros, 1999;

- FELIPE I SABORIT, David. *Observaciones a la expansión diez años depués*. In: ROBLES PLANAS, Ricardo. GUTIÉRREZ, Plablo Sánchez-Ortiz. La crisis del Derecho Penal contemporâneo. Barcelona: Atelier, 2003;

- FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico e sistema del delito.* Montivideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2004;

- FERNANDO NIÑO, Luis. *El bien jurídico como referencia garantista.* Buenos Aires: Editores del Puerto S.A, 2008;

- FERRAJOLI, Luigi. *El Derecho Penal mínimo.* Revista Poder y Control nº 8, 1986, titulada: Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas;

-_____. *Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales.* Ciencias Penales. Revista de la Asociacion de Ciencias Penales de Costa Rica, 1992;

-_____. *Direito e razão : teoria do garantismo penal* - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002;

-_____. *Teoria do garantismo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;

-_____. *Garantias y Derecho Penal.* In: Garantismo y Derecho Penal. ACOSTA, Juan Oberto Sotomayor (coordinador). Bogota: Editorial Themis S.A, 2006;

-FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente em Alemania.* Buenos Aires: Editorial hamurabi SRL, 1989;

- FIANDACA, Giovanni. MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale.* Quarta edizione. Bolongna, 2006;

-G1. *Parlamento britânico aprova lei do Brexit.*
https://g1.globo.com/mundo/noticia/parlamento-britanico-aprova-lei-do-brexit.ghtml

- GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delito em su momento atual.* Barcelona: Boch, 1959;

- GARCIA ENTERRIA, Eduardo.*La constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Madrid: editorial Civitas S.A., 1985;

- GASCÓN ABELLAN, Marina. *La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli "Derecho y Razón"* In: *Garantismo y Derecho Penal*. ACOSTA, Juan Oberto Sotomayor (coordinador). Bogota: Editorial Themis S.A, 2006;

-GASPAR, Lúcia. *Bacamarteiros.* *http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/index.php?option=com_content&view=article&id=481;*

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?* In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal.* Madrid: Editorial Tecnos, 1990;

- GIDDENS, Anthony. *Consecuencias de la modernidade.* Madrid: Alianza editorial, 1994;

- GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001;

-GÓMEZ DE LA TORRE; Ignacio Berdugo. *Viejo y nuevo Derecho Penal.* Madrid: Iustrel, 2012;

-GOULDNER, Alvin W. *La crisis de la sociologia occidental.* Buenos Aires: Amorrortu editores, 1973;

- GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal. Uma introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal.* Barcelona: Atelier, 2006;

- HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales.* Madrid: Tecnos, 1988;

- HASSEMER, Winfried. *Fundamento del Derecho penal.* Barcelona: Bosch, Casa Editorial SA, 1984;

-_____. *Lineamentos de uma teoria personal del bien jurídico.* Doctrina penal. Teoría y prática em las Ciencias Penales. Revista trimestral, abril-sep de 1989;

-_____. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos.* Nuevo Foro Penal, n° 51, enero de 1991;

-_____. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. In: RAMÍREZ, Juan Bustos. Pena y Estado. Función simbólica de la pena. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995;

-_____. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidade.* Bases para una teoría de la imputacion en Derecho Penal. Colombia: editorial Temis S.A., 1999;

-_____. HASSEMER, Winfired. *Por qué no debe suprimirse el derecho penal.* México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003;

-_____.*¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal?.* IN: La teoria del bien jurídico ¿Fundamento de legitimação del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. HEFENDEL, Roland (ed).. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007;

-_____. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007;

-_____. *¿ Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016;

- HASSEMER, Winfied; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminoloía y al Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989;

-HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofia del Derecho.* Quinta edición. Buenos Aires: Claridad, 1968;

- HELLER, Agner. *Teorias de las necessidades em Marx. 2ª Ed.* Ediciones Península: Barcelona, 1986;

-HIRSCH, Andrew Von. *Retribuición y prevención como elementos de justificación de la pena.* In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NEUMANN, Ulfrid. MARTÍN, Adán Nieto. Crítica y justificación del Derecho penal em el cambio de siglo. El análises crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003;

-HOBBES, Thomas. *Leviathan or the matter, forme, & power of a common-wealth ecclesiastical and civil.* London Edinburgh Glasgow: Oxford University Press, 1929;

- HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. Introdução: A conexão entre o direito natural e os direitos humanos. In: *Do direito natural aos direitos humanos.* HOMEM, Antonio Pedro Barbas. BRANDÃO, Cláudio. (Org). Coimbra: edições Almedina SA, 2005;

-HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio.* Madrid: Editorial Trota SA, 2011;

- HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN. *Bien Juridico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por La norma penal.* Editorial Juridica ConoSur. Santiago de Chile: 1992;

- HÖRNLE, Tatjana. *La protección de sentimentos em el STGB.* IN: La teoria del bien jurídico ¿Fundamento de legitimação del Derecho penal o juego de

abalorios dogmático?. HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007;

- HOUAISS, Antônio. *Grande dicionário da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: editora Objetiva, 2008;

- HUNGRIA, Nélson. FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Comentários aos Código Penal. Volume I, Tomo II, 5ª edição.* Rio de Janeiro: Forense, 1978;

- HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 2da. Edición. Lima: Editorial EDDILI, 1987;

- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.*2ª edición corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1997;

-_____. *Estudios de Derecho penal.* Madrid: Editorial Civitas SA, 1997;

-_____. *Sobre la teoria de la pena.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998;

-_____. JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*. Lima: Palestra editores, 2000;

-_____. JAKOBS, Günther. CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2003;

-_____. *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad.* Madrid: Civitas, 2004;

-_____. *Sociedad, norma y persona em uma teoría de um Derecho penal funcional.* Madrid: Editorial Civitas SA, 1996;

-JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal.* Volumen primero. Barcelona: Bosch Casa editorial, 1981;

-JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Editorial Comares, S.L., 2002;

- JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal.* Tomo I. *Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y legislación penal comparada.* 4ª edición actualizada. Buenos Aires: editorial Losada S.A.,1964;

- _____. *Tratado de Derecho penal. Tomo III. El Delito*. 4ª Edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Losada, S. A.. 1964;

-KANT, Emanuel. *Metafísica dos costumes.* Bauru: EDIPRO, 2003;

- KARGL, Walter. *Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho*. *Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena.* In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: editorial Comares, 2000;
- KHULEN, Lothar. *El Derecho Penal del Futuro.* In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NEUMANN, Ulfrid. MARTÍN, Adan Nieto (coordinatores). *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo.* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2003;
- KINDHÄUSER, Urs. POLAINO-ORTS, Miguel. *Normativismo em el Derecho Penal. Estudios de dogmática jurídico-penal.* Resistência: Contexto libros, 2011;
-_____. *Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo*. Cuadernos de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, febrero de 2014;
-LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier. *Sobre el concepto de derechos humanos*. Doxa. N. 04 (1987). ISSN 0214-8876
- LASH, Scott. *Objetos que juzgan: el Parlamento de las cosas de Latour*, 1999. Disponível em http://eipcp.net/transversal/0107/lash/es,
-_____. *La reflexidad y sus dobles: estrutura, estética, comunidad*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernización reflexiva. Politica, tradición y estesticia en el orden social moderno. Madrid. Alianza editorial, 2001;
-LESCH, HEIKO. H. *La función de la pena*. Madrid: Dykinson, 1999;
- LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Traducido de la 20ª edicion alemana. Tomo segundo. Instituto Editorial Reus, SA: Madrid**,** 1927;
- LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales.* In: El principio de proporcionalidade y la interpretación constitucional. Editor: Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008;
- LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal: a relação entre tipo e ilicitude.* Belo Horizonte: Arraes editores, 2012;
- LUHMANN, Nikolas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983;
- _____. *Sociologia do Direito.* Rio de Janeiro: edições Tempo Brasileiro, 1983;
- MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005;

- MALINOWSKI, Bronislaw. *Crimen y costumbre em la sociedade salvaje.* Barcelona: Planeta De Agostini, 1985;
- MATA Y MARTIN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermédios y delitos de peligro.* Granada: Editorial Comares, 1997;
-MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal.* Tomo I. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962;
- MAYER, Hellmuth. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Stuttgart-Köln: W. Kohlhammer Verlag, 1953;
-MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 2000;
- MAZZACUVA, Nicola. *El futuro del Derecho Penal.* In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NEUMANN, Ulfrid. MARTÍN, Adan Nieto (coordinatores). *Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo.* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2003;
- MENDOZA BUERGO, Blanca.*El Derecho Penal em la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas ediciones SL, 2011;
- MERKEL, Adolf. *Derecho Penal.* Madrid: España Moderna, 1910;
- MERTON, Robert K.. *Teoria y estrutuctura sociales.* México: Fondo de Cultura Económica, 1964;
- MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933;
-_____. *Derecho Penal.* Libro de estudio, parte general. Editorial bibliográfica argentina S. R. L. Buenos Aires: 1958;
- MILITELLO, Vicenzo. *Dogmática penal y politica criminal en perspectiva europeia.* In: Crítica y justificación del Derecho penal in cambio de siglo. El análises critico de la Escuela de Frankfurt. Coordinadores: Luis Arroyo Zapatero Ulfrid Neumann Adán Nieto Martín. La Mancha Castilla-Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla, 2003;
- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade.* Porto Alegre: L&PM, 2016;
-MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoria del delito em el Estado social e democratico de derecho.* 2ª edición. Barcelona: Bosch Casa editorial SA, 1982;
-_____. *El Derecho penal en el Estado Social y democratico de derecho.* Barcelona: editorial Ariel SA, 1994;

-_____. *Introdución a las bases del derecho penal.* 2ª edición. Montivideo-Buenos Aires: ID de F, 2003;

-_____. *Limites del normativismo em Derecho Penal.* Revista eletrónica de Ciência Penal y Criminologia, 2005;

- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Controle Social.* Caracuel: Gráficas del exportador, 1985;

-_____. *Introdución al Derecho Penal.* 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2001;

-_____. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo.* 4ª edición revista y ampliada. Valencia: Tirant lo Blnach, 2003;

-_____. *Derecho penal y control social.* Bogotá-Colombia: Editorial Temis SA, 2004;

- MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perectivas y los fundamentos de uma teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema.* Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad externado de Colombia, 2001;

-NAUCKE, Wofgang. *Prevención general y derechos fundamentales de la persona*. In: Principales problemas de la prevención general. NAUCKE, Wolfgang. HASSEMER, Winfried. LÜDERSSEN, Klaus. Montevidéo-Buenos Aires: IB de F, 2004;

-.. *Los límites de la responsabilidad penal. Uma teoria liberal del delito.* Buenos Aires: Astrea, 1980;

- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional.* São Paulo: Método, 2008;

- Organização das Nações Unidas. Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade – 1968;

- PAREDES CASTAÑON, Jose Manuel. *El riesgo permitido em Derecho Penal (regímen jurídico-penal de las actividades peligoras).* Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Secretaria general tecnica, 1995;

- PARSONS, Talcott. *El sistema social.* Madrid: Editorial Revista de Occidente, 1966;

- PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002;

- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Concepto y concepción de los derechos humanos: (acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta).* Doxa. N. 04 (1987). ISSN 0214-8876;

-_____. *Los derechos fundamentales.* Septima edición. Madrid: editorial Tecnos, 1998;

- PERCES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Transito a la modernidad y derechos fundamentales.* In: Historia de los derechos fundamentales. Tomo i: Transito a la modernidad siglos XVI y XVII. Madrid: Editorial Dykinson SL, 1998;

- PIETRO SANCHIS, Luis. *El neoconstitucionalismo de los derechos.* In: Teoria del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Edición de Miguel Carbonell. Madri: Editorial Trota SA, 2009;

- PLATÓN. *Obras completas.* Tomo II. Madrid: Medida e Navarro editores, 1871;

- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Juridico en el Derecho Penal.* Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974;

-_____. *El injusto típico en la teoria del delito.* Buenos Aires: Mario A. Viera editor, 2000;

- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

- PRITTTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y Derecho penal.* In: DIAS, Jorge Figueiredo; GOMES, Alfonso Serrano; LIFSHITZ, Sergio Polioff; et al.. (dirección). *El pensamento liberal. Controversias nacionales e internacionales em Derecho Penal, procesal penal y Criminlogia.* Buenos Aires: Hamurabi, 2004;

-_____. *La función del Derecho Penal em la sociedad globalizada del riesgo. Defensa de um rol necesariamente modesto.* In: AMBOS, Kai (Dir.); BÖHM, María Laura. *Desarrolos actuales de las ciencias criminales en alemania.* Bogotá-Colombia: Editorial Temis SA , 2012;

- PULITANÒ, Domenico. *Diritto penale.* Torino: G. Giappichelli Editore, 2005;

- QUINTANO RIPOLLES, Antonio. *Tratado de la Parte Especial Del Derecho Penal . Tomo I. Infracciones contra la persona em su realidade física*.2." edición. Madrid: editorial revista de Derecho Privado, 1972;

- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito. Volume II, 2 edição.* São Paulo: Saraiva & C.A. Editores, 1947;

-_____. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal.* In: El hombre em el derecho. Conferencias y artículos selecionados sobre cuestiones fundamentales del derecho. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980;

- ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estúdios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, Teoría del delito y Derecho Penal econômico.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial I B de F, 2014;

- ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribuición a las teorias generales deldelito y de la pena.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2001;

- RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte general.* Decimoséptima edición. Madrid: Dykinson, 1994;

- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevencion en Derecho Penal.*Madrid: Instituto editorial Reus, S.A., 1981;

-_____. *Derecho Penal parte general Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito.* Madrid: Civitas, 1997;

-_____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el Proceso penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000;

-_____. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Buenos Aires: editorial Hamurabi SRL, 2002;

-_____. *Tem futuro o Direito Penal?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, volume 790;

-_____. *Dependencia e independência del Derecho penal com respecto a la política, la filosofia, la moral y la religión.*Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales, 2006;

-_____.*¿Es la protección de bienes jurídicos uma finalidade del derecho penal*? In: La teoria del bien jurídico. HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007;

-_____. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2 edição.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009;

-_____. *Novos estudos de Direito Penal.* Organização Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014;

- RUEDA MARTIN, Maria Ángeles. *La adecuación social y el delito de detenciones ilegales.* Madrid: Revista de Derecho Penal y Criminologia, 2ª Época, número 7, 2001;

- SALES, Sheila Jorge Selim de. *Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico.* Revista dos Tribunais n° 848, junho de 2006;

- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco.* São Paulo: Quartier Latin, 2006;

- SANTIAGO NINO, Carlos. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito.* Buenos Aires: Astrea, 1980;

- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal-Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito editorial, 2010;

- SCHEERER, Sebastian. Hacia el abolicionismo. In: HULSMAN, Louk H. C. MATHIESEN, Thomas. CHRISTIE, Nils e outros. *Abolicionismo Penal.* Buenos Aires: Ediar, 1989;

- SCHAFFSTEIN, Federico. *La ciencia europea del derecho Penal em la época del humanismo.* Madrid: Estudios Políticos, 1957;

- SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição.* São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2003;

-SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.* Barcelona: Jose Maria Bosch editor SA, 1992;

-_____. *Prologo a la edición espanõla.* In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: editorial Comares, 2000, p. XII.

-_____. *Retos científicos y retos políticos de la ciência del Derecho penal.* Revista de Derecho penal y criminologia, 2ª Epoca, numero 9 (2000);

-_____. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001;

-_____. *Reflexiones sobre las bases de la política criminal.* Universidad Catolica del Norte: Revista de Derecho n°8-2001;

- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos.* São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003;

- SOUZA, María de Lourdes. *La individualid postmoderna: una lectura del pensamineto de Pietro Barcellona y Boaventura de Sousa Santos.* Anuario de Filosofia del Derecho, número XVI, Enero 1999;

- SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bines jurídicos coletivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos.* ADPCP, Vol. LVIII, 2005;

- STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y liberdade del legislador penal.*IN: La teoria del bien jurídico ¿Fundamento de legitimação del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. HEFENDEL, Roland (ed).Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007:
- STRATENWETH, Günther. *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible.* Navarra: Thomson, 2005;
- TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência. Uma contribuição à teoria do crime culposo*. 2º edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2003;
- TERRADILOS BASOCO, Juan. *La satisfacción de necessidades como critério de determinación del objeto de tutela jurídico-penal.* Revista de la Faculdad de derecho de la Universidad Complutense, nº 63: Madrid: 1981;
- _____. *Función simbolica y objeto de protección del derecho penal*. In: RAMÍREZ, Juan Bustos. *Pena y Estado. Función simbólica de la pena.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995;

-_____. *Bien jurídico y función em Derecho Penal***.** Hamurabi: Buenos Aires, 2004;
- THERBORN Göran: *La ideología del poder y el poder de la ideología* Siglo veintiuno de España editores, SA. Madrid: 1987;
-_____. *Teoria do crime culposo*. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009;
- TIEDEMANN, Klaus. *Constituición y Derecho Penal. Revista Española de Derecho Constitucional* Año II. Núm. 33. Septiembre-Diciembre 1991;
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal.* 2.ed. ampl. E atualizada. São Paulo: saraiva, 1986;
- TORIO LÓPEZ, Angel. *Los delitos del peligro hipotético* (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto). ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Año 1981 - Número 2-3;
- Tratado de funcionamento da União Européia. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT;
-VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. *LOS BIENES JURIDICOS COLECTIVOS EN EL DERECHO PENAL. Consideraciones*

sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intere ses macrosociales, p.1-2.Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf;

-VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo.* Estudios penales y criminológicos, ISSN 1137-7550, Nº. 25, 2004, pág. 428.

- VITÓRIA, Francisco. *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra.* Tercera edición. Madrid: Espasa-Calpe SA, 1975;

- Welzel, Hans. *Teoria de la acción finalista.* Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951;

-_____. *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956;

-_____. *Introdución a la filosofia del derecho.* Madrid: Aguilar, 1974;

-_____. *Derecho penal aleman.* Parte general. 11ª edición. Santiago: editorial jurídica de Chile, 1976;

-_____. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.* Traducción y notas por José Cerezo Mir. Segunda reimpresión. Montivideo-Buenos aires: editorial IB de F, 2004;

-YACOBUCCI, Guilermano J. *El sentido de los princípios penales. Su natureza y funciones em la argumentación penal.* Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2002;

- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *En busca de las penas perdidas.* Buenos Aires: Ediar, 1998;

-_____. *Em torno de la cuestión penal.* Montevideo-Buenos Aires: editorial IB de F, 2005;

- ZAFFARONI, Raul Eugenio. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal, parte general.*2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002;

- ZUNINGA RODRIGUEZ, Luara. *Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿hacia una "administrativización" del derecho penal o una "penalización" del derecho administrativo sancionador?* In: ZAPATERO, Luis Alberto Arroyo. GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos : "in memorian".* Salamanca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001;