

3

Direito Penal Clássico e Direito Penal Moderno

O direito penal clássico foi concebido durante o iluminismo e os postulados que constituem seus fundamentos e mesmo a legitimação de tal direito penal assentam-se na idéia de separação do direito e da moral. O afastamento de tais conceitos promove a possibilidade de nascimento de princípios que passariam a limitar a intervenção penal do Estado, a exemplo do princípio da legalidade, que juntamente com o fundamento do Estado Democrático de Direito da dignidade da pessoa humana, representa um anteparo do cidadão em face da intervenção penal estatal, à medida que proíbe a criminalização de fatos que não sejam tipificados em normas penais editadas pelo poder competente antes da prática dos mesmos, bem como impede que se aplique qualquer tipo de sanção penal pela prática dos mesmos fatos se não prevista, essa sanção, em lei, anteriormente.

O citado princípio da legalidade foi recepcionado por grande parte dos ordenamentos jurídicos dos países, ora com previsão nas constituições dos estados soberanos, ora insertos no texto infraconstitucional.

No caso brasileiro, o princípio da legalidade vem expressamente previsto no primeiro artigo do Código Penal (1940), bem como no inciso XXXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal:

Art. 1 Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.¹

(...) XXXIX – Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.²

Com Ferrajoli temos que:

A idéia de que não existe uma conexão necessária entre direito e moral, ou entre o direito “como é” e “como deve ser” é comumente considerada um postulado do positivismo jurídico. O direito, segundo essa tese, não reproduz nem mesmo possui a função de reproduzir os ditames da moral ou de qualquer outro sistema metajurídico – divino, natural ou racional -, ou ainda de valores éticos políticos, sendo, somente, o produto de

¹ Artigo primeiro do Código Penal de 1940.

² Inciso XXXIX, do art. 5º, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, que faz parte do sistema de garantias do elemento humano em face da intervenção penal do Estado, promovendo a limitação desta.

convenções legais não predeterminadas ontologicamente nem mesmo axiologicamente. Ainda no mesmo diapasão, tal doutrina, formulada em sentido inverso, exprime a autonomia da moral em relação ao direito positivo, bem como de qualquer outro tipo de prescrição heterônoma e de sua conseqüente concepção individualista e relativista. (...) Ambas as teses supramencionadas constituem uma aquisição basilar da civilização liberal, além de refletirem o processo por meio do qual, no início da Idade Moderna, tornaram-se laicos tanto o direito como a moral, desvinculando-se, enquanto esferas distintas e separadas, de qualquer liame com supostas ontologias de valores. (...) Para os nossos propósitos é mais diretamente relevante a primeira doutrina, ou seja, aquela da separação entre direito e moral, formulada pelo pensamento iluminista e posteriormente recepcionada pelo positivismo jurídico enquanto fundamento do princípio de legalidade no Estado de direito moderno.³ (FERRAJOLI, 2006, p. 204)

O Direito Penal Moderno, por sua vez, concebido a partir da percepção do Estado, em meados dos anos setenta, de que determinados comportamentos, antes descriminalizados, estavam afetando bens jurídicos coletivos (saúde, economia e meio ambiente), tem como características principais a responsabilidade penal objetiva, a proteção a bens jurídicos supra-individuais, a antecipação da tutela penal a esferas anteriores ao dano, criando inúmeros tipos de perigo abstrato e normas penais em branco e a responsabilização penal, desmedida, das pessoas jurídicas.

As referidas características desse novo Direito Penal contrapõem-se aos princípios penais do Direito Penal Clássico. Dessa forma, cuida, o trabalho que se empreende, de apontá-las, defini-las, bem como de delinear os princípios do Direito Penal Clássico em uma concepção garantista.

3.1

O Direito Penal de bases clássicas: os princípios que regem e limitam a intervenção penal

A construção de um conjunto de princípios penais e processuais penais, que se originou a partir da absoluta necessidade de se impor limites ao atuar repressivo estatal, enquanto exigência de um Estado de direito, fez nascer um sistema de garantias do cidadão em face desse mesmo Estado, que passa, então, a constituir-se em fundamento do Estado Democrático de Direito e gera, definitivamente, um critério de racionalidade penal que define como núcleo central e objeto exclusivo do direito penal a proteção a bens jurídicos individuais que possam sofrer lesão ou ameaça de lesão, desde que

³ Luigi Ferrajoli em *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, Ed. Revista dos Tribunais, 2. ed. revista e atualizada, tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2006, pág. 204.

significativa e ainda quando os outros sub-sistemas de controle social (escola, família, religião), ou mesmo outros ramos do direito (administrativo, civil etc), restem insuficientes para aplacar o tal ato lesivo a tais bens jurídicos.

Esse sistema, enfim, é completamente integrado às constituições dos Estados Liberais e pulverizado, em maior ou menor medida, no ordenamento infra-constitucional dos mesmos Estados.

3.1.1 Princípios penais do Estado Democrático de Direito

3.1.1.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, de fato, representa o primeiro e, talvez, o mais importante instrumento de limitação ao poder punitivo do Estado. Seu objetivo maior, a par de outros não menos importantes, é servir de garantia do elemento humano em face do Estado, que exerce o *ius puniendi* (direito de punir) muitas vezes arbitrariamente.

A doutrina, ao delinear o aspecto histórico de tal princípio basilar do Estado de Direito, ensina que:

O princípio da legalidade cumpre uma função decisiva na garantia de liberdade dos cidadãos, frente ao poder punitivo Estatal, desde o século XVIII. Este pensamento político é coroado pela Revolução Francesa, que em princípio supõe o desejo de substituir o governo caprichoso dos homens pela vontade geral, pela vontade expressa através da norma, da lei.⁴ (BUSATO & HUAPAYA, 2003, p. 147-148)

E, citando Beccaria, continuam os autores:

As leis são as condições com que os homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade convertida em inútil pela incerteza de conservá-la. Sacrificaram uma parte dela para gozar a restante com segurança e tranqüilidade. O soberano só constitui o legítimo depositário, um administrador da soberania de uma nação. Em consequência, só as leis podem decretar as penas sobre os delitos; e esta autoridade não pode residir em ninguém mais que no legislador, que representa a toda sociedade unida pelo contrato social. Nenhum

⁴ Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya no livro Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático, Ed.Lumen Júris, 1. ed., 2003, pág. 147/148.

magistrado (que é parte da sociedade) pode justamente infligir penas contra outro membro da mesma sociedade.⁵

E arrematam Busato e Huapaya:

A transformação do Estado natural ao Estado civil, em virtude do contrato social, assegura a participação e controle da vida política do cidadão. Só desde então o princípio da legalidade constitui uma exigência de “segurança jurídica” e “garantia política”. O *nullum crimen sine lege* se converte no princípio reitor de toda liberdade cidadã.⁶ (BUSATO; HUAPAYA, 2003, p. 149)

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio em tela encontra assento, como dito, não só na lei ordinária, como também na Constituição Federal⁷. Esse princípio é enunciado por meio da expressão latina: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

A doutrina desdobra o princípio da legalidade em outros quatro; a saber:

Princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, enunciado latino que veda a aplicação retroativa de leis futuras que venham a criminalizar fatos anteriormente não criminalizados ou a asseverar-lhes a pena, é comumente chamado princípio da irretroatividade da lei penal mais prejudicial ao destinatário da norma penal; o qual encontra-se positivado na Constituição Federal do Brasil em seu Artigo 5º, XL, *in verbis*:

A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*. Tal dogma proíbe a criação de norma penal incriminadora ou de agravamento de delito já existente por meio do direito consuetudinário ou costumeiro.

Desse modo, a única fonte legítima da norma penal que institui o crime ou majora a pena é a lei. Contudo, como ensina Assis Toledo, o direito consuetudinário pode e deve ser fonte do direito penal quando não funcionar como limitação a direitos do cidadão, mas nas hipóteses em que contribui como elemento de exegese de tipos penais indeterminados, desde que a interpretação extraída por meio de seu auxílio seja favorável àquele que praticou um ato considerado criminoso e, ainda, quando incida como causa que exclua a ilicitude de fato tido, em juízo indiciário, por delitivo e, por fim, quando minore reprimenda penal:

⁵ *Idem*, p. 149.

⁶ *Idem*, p. 149.

⁷ Código Penal, Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. Constituição Federal. Artigo 5º, XXXIX – Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou a agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval. Não se deve, entretanto, cometer o equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Tem ele grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos. Além disso, quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato.⁸ (TOLEDO, 2002, p. 25)

Princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. Com esse princípio, também decorrente do princípio da legalidade, veda-se o recurso à analogia para a criação de lei penal que defina tipo de injusto (tipo penal) ou, ainda, que agrave a pena (*analogia in malam partem*). Toledo, a tratar do tema, assevera que:

No direito penal, contudo, importa distinguir duas espécies de analogia: a analogia *in malam partem* e a analogia *in bonam partem*. A primeira fundamenta a aplicação ou agravamento da pena em hipóteses não previstas em lei, semelhantes às que estão previstas. A segunda fundamenta a não-aplicação ou a diminuição da pena nas mesmas hipóteses. A primeira agrava a situação do acusado, a segunda traz-lhe benefícios. A exigência da lei prévia e estrita impede a aplicação, no direito penal, da analogia *in malam partem*, mas não obsta, obviamente, a aplicação da analogia *in bonam partem*, que encontra justificativa em um princípio de equidade.⁹ (TOLEDO, 2002, p. 27)

E conclui o autor, citando Bettiol:

(...) a proibição do procedimento analógico em matéria penal há que assinalar limites precisos. Recai sobre todas as normas incriminatórias e todas as que (mesmo eximentes) sejam verdadeiramente excepcionais ... Quaisquer outras normas do Código Penal são suscetíveis de interpretação analógica.¹⁰

Princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. Este último postulado do princípio da legalidade, também conhecido no Brasil como princípio da taxatividade, exige que o preceito primário da norma penal incriminadora (tipo penal), para que se justifique em um Estado Democrático de Direito e atenda às exigências constitucionais pertinentes, seja determinado, de forma tal que a conduta proibida venha descrita no tipo de injusto de maneira absolutamente precisa e objetiva, sem ensejar interpretações

⁸ Citação de autoria de Francisco de Assis Toledo, em sua obra intitulada *Princípios Básicos de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 5. ed., 2002, pág. 25.

⁹ *Idem*, pág. 27.

¹⁰ *Idem*, pág. 27.

dúbias ou indeterminações semânticas; enfim, deve-se excluir as palavras policêmicas dos tipos¹¹.

3.1.1.2 Princípio da Proporcionalidade

Por princípio da proporcionalidade se deve entender, pelo viés de um Estado Democrático de Direito, a absoluta necessidade de haver uma proporção entre o crime e o castigo, quando não de haver um fomento nas instâncias de controle social informais, tais como o fortalecimento do núcleo familiar, o investimento na educação etc. Certo é que esse princípio, sobretudo do ponto de vista jurídico, apresenta-se como fundamento e legitimidade do direito penal e quiçá do direito como um todo¹²; no entanto, é na dogmática penal que ganha uma visibilidade e importância visceral, quanto mais pelo fato do interesse jurídico em questão (liberdade).

Alijando-se da discussão a aparente ou real complexidade que envolve o princípio da proporcionalidade, porquanto aplicável, em maior ou menor medida, a outros ramos

¹¹ Paulo Queiroz, em trecho significativo de sua obra *Direito Penal: Parte Geral*, Ed. Saraiva, 2 ed. revista e atualizada, pág. 27, 2005, assevera que: “O Estado, entretanto, poderia iludir semelhante garantia constitucional por meio da edição de leis penais de conteúdo impreciso, vago, obscuro ou singularmente amplo, como ocorreu, e.g., na Alemanha nazista, em que determinada lei previa a punição de “quem atente contra a ordem jurídica ou atue contra interesse das Forças Aliadas”, bem assim diversas das disposições da Lei dos Crimes Ambientais (n. 9.605/98), por exemplo. Materialmente, por isso, o princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio. Concluindo, a máxima taxatividade possível e de real vinculação do juiz à lei é, como diz Silva Sánchez, um objetivo irrenunciável para o direito penal de um Estado Democrático de Direito, que implica a máxima precisão das mensagens do legislador e a máxima vinculação do juiz a tais mensagens quando das suas decisões. Trata-se, portanto, de um princípio de legitimação democrática das intervenções penais como garantia da liberdade dos cidadãos derivada do princípio da divisão dos poderes.

¹² Paulo Queiroz anota, na obra *Direito Penal: Parte Geral*, pág. 32/33, que: O princípio da proporcionalidade, entendido como mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental (Alexy), compreende, numa acepção ampla, os princípios (ou subprincípios) da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, já que a intervenção do poder público sobre a liberdade dos cidadãos somente pode ser legítima na medida em que seja, contemporaneamente, necessária, adequada e proporcional, afinal, como proclamaria Beccaria, na conclusão de seu famoso opúsculo, “a pena, para não ser um ato de violência contra o cidadão, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.” O princípio da proporcionalidade é hoje, seguramente, o mais importante princípio de todo o direito e, em particular, do direito penal. Pode-se mesmo dizer que tudo em direito penal é uma questão de proporcionalidade, dede a sua existência mesma, passando pelos conceitos de erro de tipo, de legítima defesa, de coação irresistível, incluindo toda a controvérsia em derredor da responsabilidade penal da pessoa jurídica, até chegar às causas de extinção de punibilidade (v.g., prescrição), pois o que se discute é, em última análise, em todos esses casos, a necessidade, adequação, proporcionalidade, enfim, da intervenção jurídico-penal.

do direito, como dito, fato que poderia promover o esvaziamento de seu conteúdo ou a confusão na sua aplicação, o certo é que sua incidência no campo abstrato (previsão legal de crime) ou no campo concreto (aplicação do direito – pena - pelo julgador) atende a um critério absolutamente indispensável de racionalidade penal e mesmo a uma exigência de lógica jurídica, de sorte que a sua aplicação, em todas as fases do processo de criminalização (juízo de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade) e de imposição de pena (causas extintivas da punibilidade, prescrição, individualização da pena) é medida que se impõe.

Dessa forma, a manutenção do referido princípio como fundamento e legitimação para a produção legislativa de norma penal incriminadora é imperiosa.

3.1.1.3 Princípio da Responsabilidade Penal Subjetiva

O princípio da responsabilidade penal subjetiva ou pessoal não tem outro escopo senão evitar que seja infligida responsabilidade penal em alguém que não tenha agido com dolo (vontade livre e consciente de praticar a conduta e produzir o resultado lesivo ao bem jurídico tutelado ou a ameaça concreta ao mesmo bem) ou culpa (a imprevisão do previsível nas palavras de Nelson Hungria ou a falta de cuidado objetivo derivada da imprudência, negligência ou imperícia na dicção da dogmática penal). Em suma, é a vedação expressa à responsabilidade objetiva, própria de outros ramos do direito¹³, mas inadequada como resposta penal por representar intolerável afetação aos pressupostos legitimadores de todo o sistema penal, tais como: a vontade ou a falta de cuidado objetivo como antecedentes do fato criminoso.

No ordenamento jurídico brasileiro tal princípio vem consagrado na Constituição da República (1988), com os seguintes dizeres: [...] 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 patrimônio transferido.¹⁴ [...]

¹³ A responsabilidade objetiva se reveste de legalidade e de constitucionalidade no âmbito do direito civil quando aplicada em desfavor do Estado, desde que aferível, no campo concreto, a existência de dano a que tenha dado causa por seu agente, independentemente da culpa deste.

¹⁴ Artigo 5, XLV, da Constituição Federal do Brasil de 1988.

De modo distinto do legislador constituinte, mas com o mesmo objetivo, já havia consignado o legislador do Código Penal (1940) que:

Art. 18. Diz-se o crime:

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.¹⁵

O princípio da responsabilidade subjetiva evita a produção de injustiças como as que se davam nos tempos antigos; a exemplo da possibilidade conferida à vítima de um crime, e autorizada em lei, de punir, até mesmo com a pena capital, qualquer integrante da família do autor do fato tido por delitivo.

3.1.1.4 Princípio da Lesividade

Esse princípio possui uma magnitude tal que chega mesmo a orientar todo o sistema penal clássico. Também chamado de princípio da ofensividade, o princípio da lesividade constitui-se em um critério para a intervenção penal no Estado Democrático de Direito, na medida em que tal intervenção somente se dará de forma legítima, justa, adequada, enfim, constitucional, se houver uma real afetação (lesão) ou ameaça (nos casos de crimes praticados na modalidade tentada) de afetação graves a bens jurídicos tutelados pela lei penal. Daí porque também ser chamado de princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

É no espaço ocupado pelo princípio da lesividade que ganha vida o princípio da insignificância ou do delito de bagatela.¹⁶ Trata-se de mais um enunciado geral de racionalidade penal, que, embora não tenha previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, tem sido aceito pelo direito pretoriano como medida adequada nos casos de lesões de menor monta. Paulo Queiroz cita, em uma de suas obras, um julgado produzido pelo Superior Tribunal de Justiça, na 6 Turma, em Habeas Corpus de número 8.021/RJ, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, publicado no Diário de Justiça

¹⁵ Artigo 18 e incisos do Código Penal de 1940.

¹⁶ Princípio construído e desenvolvido, inicialmente, pelo catedrático de direito penal, o alemão Claus Roxin, segundo o qual, em determinadas situações, aferíveis sempre no caso concreto, a afetação ao bem jurídico tutelado pela norma é tão ínfima, tão insignificante, que a intervenção penal se torna desnecessária, impondo-se, portanto, a atipicidade do fato por falta de tipicidade material, ou seja, em virtude da não ocorrência de resultado lesivo significativo.

da união em 13 de Junho de 1999, pág. 227, nesse sentido: [...] A apreensão de quantidade ínfima de droga – 0,25 g de cocaína – sem qualquer prova de tráfico, não tem repercussão penal, à vista da míngua de lesão ao bem jurídico tutelado, enquadrando-se o tema no campo da insignificância.¹⁷ [...].

O mesmo autor, inspirado em Vico Mañas, conceitua tal princípio como:

(...) um instrumento de interpretação restritiva, fundada na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem fazer periclitar a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal. E é realmente preciso ir além do convencional automatismo judicial, que, alheio à realidade, à gravidade do fato, à intensidade da lesão, se perde e se desacredita na persecução de condutas de mínima ou nenhuma importância social.¹⁸ (QUEIROZ, 2005, p. 39)

Apesar da evidente razoabilidade na aplicação do princípio da insignificância, o fato é que a ciência penal, representada pelo cientificismo das escolas penais, sobretudo pela teoria finalista, a qual orientou, completamente, a dogmática penal por muito tempo, representou um óbice à aplicação de tal princípio, que, a rigor, torna atípico fato que, formalmente, deve ser considerado criminoso.

Ora, sendo o crime, em um conceito analítico, um fato típico (conduta dolosa ou culposa, resultado naturalístico, nexos causal e tipicidade), ilícito (inexistência de excludentes de ilicitude: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito) e culpável (autor imputável, com potencial consciência da ilicitude do fato e com possibilidade de não praticar a conduta proibida), em ocorrendo a adequação do fato à norma, independentemente da dimensão da lesão ao bem jurídico protegido, resta praticado o crime. Essa a visão do finalismo.

Numa perspectiva funcionalista, entretanto, na qual tem lugar o princípio da insignificância, exige-se, além do resultado naturalístico (modificação do mundo exterior produzida pela conduta proibida), o resultado normativo (a real afetação ou ameaça de afetação ao bem jurídico tutelado), sem o qual não se dá a tipicidade conglobante (formal – adequação do fato à norma penal – e a tipicidade material – a produção efetiva de um resultado normativo).

Desse modo, deve ficar assentado que, em determinadas hipóteses em que o bem jurídico não foi afetado, nem tampouco se veja na iminência de sê-lo, de forma

¹⁷ Paulo Queiroz, *Direito Penal: Parte Geral*, pág.39.

¹⁸ *Idem*, pág. 39.

significativa, deve ter lugar o princípio da insignificância, que é corolário do princípio da lesividade e proporcionalidade, para afastar a tipicidade da conduta, descriminalizando o fato.

3.1.1.5 Princípio da Intervenção Mínima

O tão só acolhimento do princípio da intervenção mínima, de forma geral, importa no reconhecimento de que o direito penal não deve continuar no caminho que ora percorre: da hipertrofia do sistema penal. Ou seja, esse princípio pugna pela restrição da intervenção penal até o mínimo indispensável para a proteção do bem jurídico individual.

A razão de ser do mencionado princípio pode ser sintetizada nas palavras de Paulo Queiroz:

(...) o direito penal deve se ater àquelas condutas particularmente danosas, cuja repressão não se possa confiar a instâncias mais adequadas, e socialmente menos onerosas (que requeiram menores custos sociais) de controle social. Em síntese, o direito penal é um mal, mas um mal necessário, inevitável, que se impõe racionalizar e minimizar. (.....) Cumpriria, assim, o direito penal, cuja história é a história da luta contra a vingança, função múltipla. (...) O direito penal, concebido como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, e orientado para tutela desses direitos contra a violência arbitrária do mais forte, serviria, assim, à proteção dos mais débeis. Seria o código ou a lei do mais débil. Seria um mal menor diante do mal do delito, um mal menor diante de reações públicas ou privadas arbitrárias.¹⁹ (QUEIROZ, 2002, p. 52-53)

Esse qualificativo do princípio da mínima intervenção penal, extraído da própria noção de mal, representa um apelo à racionalidade penal, fomentando que está a gradual descriminalização de condutas que não merecem a regulação do direito penal, e faz nascer outros tantos princípios que, juntamente com ele, passam a nortear a dogmática penal da segunda metade do século XX em diante, os quais encontram-se, no presente momento, submersos em profundas crises: a política e jurídica, nascidas a partir de uma demanda social por punição e acolhida pelos ordenamentos jurídicos atuais. São eles: o princípio da subsidiariedade e o princípio da fragmentariedade.

¹⁹ Paulo de Souza Queiroz, *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal: Lineamentos para um Direito Penal Mínimo*, Ed. Del Rey, 2 ed. revista e atualizada, 2002, pág. 52/53.

O caráter subsidiariedade ou acessório do direito penal presta-se, também, à limitação da intervenção penal, representando um corolário do princípio da mínima intervenção penal, embora se apresente, nos campos teórico e prático, de forma distinta.

Para se compreender tal princípio é necessária uma incursão pelo direito positivo, enquanto instrumento de proteção dos direitos e interesses do corpo social, a fim de que se localize o direito penal e sua função dentro desse sistema (direito). É, portanto, a função do direito penal que dará os contornos do princípio da subsidiariedade.

Ora, sendo o direito penal, pelo viés de uma intervenção minimalista, o ramo do direito que protege os bens jurídicos de afetações implementadas ou potenciais, é de se ver que não é ele (o direito penal) quem cria esses mesmos bens, ou seja, não tem característica constitutiva, mas sim sancionatória²⁰.

Dessa forma, se deduz que o direito penal tem a função de proteger, de forma contundente (por meio da pena), os bens jurídicos concebidos pelos outros ramos do direito, tais como o direito constitucional e o direito civil. Como exemplo, veja-se a proteção, pela via penal, conferida à vida (bem jurídico positivado na Constituição Federal do Brasil, artigo 5, *caput*.) através das regras previstas no artigo 121 e seguintes do Código Penal do Brasil, ou ao patrimônio (bem jurídico criado pelo direito civil e nesse ramo também protegido, a exemplo da proteção ao esbulho, à turbação etc, e também protegido pela Constituição Federal, em seu art. 5, *caput* , bem como no inciso XXII do mesmo artigo), por meio de diversos artigos constantes do código penal de 1940, tais como: artigo 171, 155, 157, 168 etc.

De se ver, portanto, que o direito penal deve ser o soldado de reserva²¹, não o único instrumento de controle social. Não cria o bem jurídico, apenas confere dignidade penal a fatos que atentem, gravemente, contra os mesmos, punindo seus autores.

²⁰ *Idem*, pág. 55. “Sobre ser constitutivo ou meramente sancionador o direito penal, sob a ótica lógico-sistêmica, lavram, de longa data, fundas divergências, embora predominando, sempre, ao parecer, o entendimento segundo o qual não constitui, ele, ilícitos próprios, autônomos, limitando-se, assim, a reforçar, por meio de sua drástica intervenção, a proteção de bens jurídicos fundamentais ou pretendidamente fundamentais. Por isso se afirma ser sancionador, subsidiário, complementar, acessório, secundário, derivado, residual etc., em relação aos demais ramos do direito, e especialmente em relação ao direito constitucional (...)”

²¹ Expressão criada por Néelson Hungria, que ao explicar o concurso aparente de normas, o qual se resolve pelos princípios da especialidade, consunção e subsidiariedade, dizia cumprir esse último princípio a tarefa de soldado de reserva, à medida que reservava a punição ao ato criminoso que resultava em menor gravidade ao bem jurídico, quando não se implementava o objetivo do sujeito ativo do crime, que seria a realização dos elementos típicos de figura delitiva mais grave. Exemplo disso é a relação de subsidiariedade entre os crimes de perigo e os crimes de dano, como no caso do artigo 132 do Código Penal Brasileiro

Paulo Queiroz, citando Franz Von Liszt, Nélon Hungria, Filippo Grispigni, Reinhart Maurach e Soler, assevera que:

Nesse sentido, e partindo da unidade lógica da ordem jurídica e da missão mesma do direito penal, disso decorrendo a natureza subsidiária desse ramo do direito, *von Liszt* entendia que se a missão do direito era a de tutela de interesses humanos, a missão especial do direito penal era a de “reforçada proteção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como um mal infligido ao criminosos”; para concluir que “o direito penal, completando e garantindo, acresce a todos os ramos do direito (caráter secundário, complementário, e sancionador das disposições do direito penal).

Realmente, não cria o direito penal um sistema exclusivo, próprio, de ilicitudes, fora ou além da ordem jurídica vigente, mesmo porque, como assinala *Nélon Hungria*, a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na essência, é o dever jurídico. Antes, limita-se a selecionar e sancionar mais gravemente, por sua transcendência, fatos que já o são – já são proscritos, explícita ou implicitamente – pela ordem extrapenal, pública ou privada (constitucional, administrativa, civil, processual etc). Com razão, *Grispigni* fala de “caráter ulteriormente sancionador, e ulterioridade lógica, não necessariamente cronológica.

E essa subsidiariedade decorre, primeiro, da unidade lógica do direito; segundo, de imposição político-criminal, pois, sendo o direito penal a mais enérgica manifestação da ordem jurídica estabelecida, segue-se que a sua intervenção somente deve ter lugar nas hipóteses de singular afronta a bens jurídicos fundamentais e para cuja repressão não bastem as sanções do ordenamento jurídico “ordinário-principal”, demandando, enfim, um *plus* de gravidade proporcional à gravidade da lesão e à significação social dos danos causados, o que se concretiza pela intervenção, “extraordinária-subsidiária”, do direito criminal. A natureza secundária do direito penal é uma exigência político jurídica dirigida ao legislador, disse *Maurach*.

A proibição penal é, enfim, conforme síntese de *Soler*, a culminação, e não o começo da ilicitude. É um *posterius*, porque só deve ser aplicada como reforço e complemento às sanções extrapenais. Representa só uma parte secundária do direito, que não teria sentido algum sem a ordem jurídica restante; pois, sanção dos outros direitos, não os pode garantir diante de seu estabelecimento: sanção deve necessariamente vir depois do reconhecimento do direito a proteger. Conclusivamente, o direito penal é o *braço armado* da Constituição Nacional e, portanto, o último guardião da juridicidade.²² (QUEIROZ, 2002, p. 57-59)

A subsidiariedade também pode ser considerada, para fins do estudo que se empreende, de forma mais ampla, ou seja, levando-se em consideração não apenas o direito penal enquanto ramo do direito subsidiário e acessório em relação aos outros (direito constitucional, civil etc), que definem, em primeira mão, o ilícito, o qual passa a ilícito penal em virtude da insuficiência e ineficácia da proteção desses mesmos ramos extrapenais, mas o próprio sistema de controle social do Estado; trata-se de discutir a subsidiariedade pelo âmbito político-social.

²² Paulo de Souza Queiroz, *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal: Lineamentos para um Direito Penal Mínimo*, Ed. Del Rey, 2. ed. revista e atualizada, 2002, págs. 57/59.

O direito penal é subsidiário, enfim, não apenas em relação ao direito constitucional, civil, administrativo etc, mas também em relação a todo o sistema de controle, uma vez que representa-o sob o enfoque formal, impondo penas em razão de fatos criminosos já praticados, sem prevenir a ocorrência dos mesmos, devendo representar, por isso mesmo, uma parte ínfima desse mesmo controle social.

Nesse sentido é a orientação de Paulo Queiroz:

(...) o direito penal nada mais é que uma das muitas forças que convergem para o controle social sobre os indivíduos, embora a mais radical e mais facilmente perceptível dessas forças. Integra o chamado controle social formal, institucionalizado, ou, com diz *Parsons*, forma parte do “aparato de imposição”. Coroa-o. Não é, como lembra *Muñoz Conde*, todo o controle social, nem sequer a sua parte mais importante, mas tão somente a superfície visível de um *iceberg* em que o que não se vê é quiçá o que realmente importa. (...) Pode-se, assim, falar em subsidiariedade lógico-sistêmica, considerando-o (o direito penal) em face do próprio direito, e em subsidiariedade sociopolítica, tendo-se em vista a ordem social, o sistema social global de controle. Como disse *Durkheim*, o funcionamento da justiça repressiva sempre tende a permanecer mais ou menos difuso. Em tipos sociais bastante diferentes, ela não se exerce pelo órgão de um magistrado especial, mas a sociedade inteira participa numa medida mais ou menos vasta. E nesse contexto, importa ter presente que, em face desse complexo sistema social, o sistema jurídico-penal, um subsistema, ocupa um lugar realmente secundário (...). Como observa *Hassemer*, a cominação penal e a execução da pena não são fenômenos isolados, pois que atuam juntamente com diversos instrumentos e processos de que dependem em sua eficácia. Não existem por si mesmos. Pode-se mesmo dizer, parafraseando *Soler*, que a coerção que se exerce pelo direito penal é só a culminação do sistema global de controle social, e não o seu começo, razão pela qual uma política social de tutela de bens jurídicos somente tem justificação e fiabilidade se é subsidiária de uma política extrapenal de proteção desses mesmos bens jurídicos.²³ (QUEIROZ, 2002, p. 63-65)

E conclui o autor:

Em conclusão: a intervenção penal deve pressupor, necessariamente: a) a utilização e efetivo funcionamento dos instrumentos primários de prevenção do comportamento desviado e ter ainda presente todo o aparato de controle social já existente; b) que tais instrumentos utilizados, racionalmente utilizados, não bastem (fracassem) para dita prevenção e controle; c) possa o direito penal, subsidiando-os, concorrer, utilmente, para redução, a níveis toleráveis, do fenômeno delitivo. Exige-se, numa palavra, para ter lugar a extrema intervenção penal, *necessidade* e adequação dessa *intervenção* (proporcionalidade).²⁴ (QUEIROZ, 2002, p. 70)

A fragmentariedade, tanto quanto a subsidiariedade, é corolário do princípio de intervenção mínima ou mesmo de um sistema penal conceituado como minimalismo penal.

²³ *Idem*, págs. 63/65.

²⁴ *Idem*, pág. 70.

O princípio da fragmentariedade, nesse contexto, exige que o direito penal seja seletivo; no sentido de eleger determinados bens jurídicos, em um universo de bens jurídicos muito amplo, para proteger.

Busato e Huapaya, citando Muñoz Conde, ensinam que:

Segundo Muñoz Conde, “este *caráter fragmentário do direito penal* aparece em uma tripla forma” pelo que se entende que, ao mesmo tempo, o princípio atua “defendendo o bem jurídico só contra ataques de especial gravidade”, depois “tipificando só uma parte do que nos demais ramos do ordenamento jurídico se estima como antijurídico” e, finalmente, “deixando sem castigo, em princípio, as ações meramente imorais”²⁵. (BUSATO & HUAPAYA, 2003, p. 186)

Certamente que os princípios penais do Estado Democrático de Direito apresentados, em maior ou menor medida, inspirados pelo iluminismo penal e que constituem, por assim dizer, o grande alicerce de um direito penal clássico, encontram-se francamente ameaçados pela nova configuração dada ao Direito Penal dos nossos tempos, o qual chamamos Direito Penal Moderno.

3.1.2

A tutela do bem jurídico individual como núcleo central do Direito Penal Clássico

De fato, a noção de que a função exclusiva do direito penal - inclusive do direito penal moderno - é a proteção ao bem jurídico tutelado pela norma já não encontra resistência na ciência penal. Contudo, a indeterminação do que seja bem jurídico pode dar ensejo a um perigoso controle penal da vida social; fato que exige a pronta definição do que seja bem jurídico para o direito penal.

Bitencourt traça, brevemente, a trajetória conceitual do objeto de proteção do direito penal até chegar-se ao termo bem jurídico da seguinte forma:

Admite-se atualmente que o *bem jurídico* constitui a base da *estrutura e interpretação* dos tipos penais. O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática de

²⁵ Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya, no livro *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*, Ed.Lumen Júris, 1. ed., 2003, pág. 186.

parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações. (...)

O conceito de *bem jurídico* somente aparece na história dogmática em princípios do século XIX. Diante da concepção dos iluministas, que definiam o fato punível como lesão de *direitos subjetivos*, Feuerbach sentiu a necessidade de demonstrar que em todo preceito penal existe um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objeto de proteção. Binding, por sua vez, apresentou a primeira depuração do conceito de *bem jurídico*, concebendo-o como *estado valorado* pelo legislador. Von Liszt, concluindo o trabalho iniciado por Binding, transportou o centro de gravidade do conceito de bem jurídico do direito subjetivo para o “interesse juridicamente protegido”, com uma diferença: enquanto Binding ocupou-se, superficialmente, do bem jurídico, Von Liszt viu nele um conceito central da estrutura do delito. Como afirmou Mezger, “existem numerosos delitos nos quais não é possível demonstrar a lesão a um direito subjetivo e, no entanto, se lesiona ou se põe em perigo um bem jurídico.(...)”

Finalmente, o bem jurídico pode ser definido “como todo valor da vida humana protegido pelo Direito”²⁶. (BITENCOURT, 2007, p. 12-14)

Também na procura da identificação, mais ou menos razoável, do que seja bem jurídico, pronuncia Ariosvaldo de Campos Pires que:

Discutiu-se, à exaustão, se o bem jurídico seria um dado anterior à norma ou algo por ela criado. Parece claro que a valoração de bens ou interesses precedem à elaboração legislativa, mas a sua efetivação, por óbvio, dá-se com a lei criada e vigente. Brno, citando Exner, diz que “não é a lei que determina o que seja um bem, mas apreciações humanas, éticas, estéticas e sociais”.

Com efeito, seria desejável que o legislador só pudesse valorar como bem ou interesse os que a consciência coletiva já agasalhara, forma e modo de se evitarem as anomalias que ao longo do tempo levaram ao patíbulo da história os direitos fundamentais da pessoa humana. Fosse isso feito e se teria sonogado à humanidade a vergonha de haver assistido às lições dos adeptos da Escola de Kiel, a substituir os conceitos clássicos de fato punível pelo da “violação do dever de fidelidade ao estado ético, personalizado no *Führer*”. Nelas o “são sentimento do povo”, base de assentamento da construção e da interpretação penal, passa a ser o fator determinante na fixação dos critérios de perigo e de dano nas ações humanas.

Com o marxismo não ocorreu coisa diversa. O crime é visto como ato anti-social, que põe em perigo os interesses do proletariado, em oposição à sociedade socialista. O objeto da proteção penal são os interesses da classe socialista. Crime é sinônimo de infidelidade aos interesses sociais. Passa-se do direito do fato para um direito do autor. O agente é visto como um inimigo da classe socialista.²⁷ (PIRES, 2005, p. 35-36)

Uma concepção de bem jurídico tal qual delineada retira toda a carga de garantia (finalidade conferida ao mesmo pelo direito penal de bases clássicas) do mesmo, já que o conceito de um tal bem jurídico passa a abarcar concepções as mais variadas e presta-se, em última análise, aos interesses do detentor do poder político, sem correspondência

²⁶ Trecho da obra *Erro de Tipo e Erro de Proibição: uma análise comparativa*, Cezar Roberto Bitencourt, Ed. Saraiva, 4.ed., 2007, págs. 12/14

²⁷ Ariosvaldo de Campos Pires, *Compêndio de Direito Penal: Parte Geral*, vol. I, Ed. Forense, 1. ed. 2005, págs. 35/36.

com os valores sociais que devem representar sua razão e justificar a sua existência mesma.

Nas palavras de Busato e Huapaya, citando Bustos Ramirez:

Nessa ordem de coisas, o indivíduo deve fidelidade ao povo, portanto o delito não constitui uma lesão do bem jurídico, senão uma “*lesão de um dever*”. (...) o fato de a lesão de um dever constituir o centro da construção de um injusto apaga todo o caráter garantista, onde o único que interessa é o social, e não o indivíduo, onde o Estado constitui o intérprete do espírito do povo, sendo o chefe de Estado quem dirige tal interpretação, e como consequência de ambas não existem mais limites que a vontade do ditador.²⁸ (BUSATO & HUAPAYA, 2003, p. 56)

Certamente, a noção de bem jurídico atende ao conjunto de valores de uma dada sociedade em determinado momento histórico. Tal circunstância, por si só, já legitima a criação e manutenção do bem jurídico como razão de ser de todo e qualquer tipo penal de injusto. Contudo, o certo é que a finalidade do bem jurídico, desde a sua concepção, é servir de objeto de tutela da lei penal; fato que torna, absolutamente, imprescindível a conceituação de seu sentido e alcance, não podendo constituir-se em qualquer valor, de fundo ético ou até moral, submetido a uma perigosa exegese quando da apreciação acerca da ocorrência ou não de fato típico, indiciário da existência de crime e de pena.

Há forte tendência na ciência penal em se considerar como fonte única a construir a idéia de bem jurídico os direitos, valores ou fundamentos constitucionais, acreditando sejam estes elementos constitucionais sinônimos de bem jurídico, no sentido de que são ontologicamente bens jurídicos, todos eles, e que, portanto, não se pode pensar em bens jurídicos sem se ater aos princípios constitucionais, que dariam vida a eles e nos quais os mesmos se encerrariam, decisivamente.

Parte da doutrina brasileira, com acerto, valendo-se do ensinamentos de Bustos Ramirez, vai noutro sentido:

Na medida em que a norma, mesmo que constitucional, nem sempre pode ser identificada com os interesses primordiais da sociedade, não pode tampouco estar conectada com a identificação do bem jurídico. Ademais, não há identidade absoluta entre a previsão normativa constitucional e os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento social do indivíduo. (...). Sem embargo, estas posições tendem a confundir os Direitos fundamentais constitucionais com os bens jurídicos: “Na Constituição e no Direito Constitucional os Direitos fundamentais cumprem uma função específica, que é regular as relações entre a sociedade política e a sociedade civil, e portanto constitui um limite à intervenção do Estado junto aos cidadãos. Ao contrário, os bens jurídicos têm uma função

²⁸ Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya, no livro *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*, Ed. Lumen Júris, 1 ed., 2003, pág. 56.

muito mais ampla e complexa, pois implicam relações sociais concretas dos indivíduos a respeito de todos os possíveis sujeitos ou objetos que podem entrar nesta relação; nesse sentido também o Estado, mas não só este”.

O que se pode, como muito, é admitir a Constituição como referencial negativo, para exclusão de proteção jurídico-penal.²⁹ (BUSATO & HUAPAYA, 2003, p. 59-60)

Desse modo, tem-se que a conceituação do que seja bem jurídico, para fins de tutela penal, a despeito de ser difícil, é necessária, haja vista que somente assim se pode definir qual o seu sentido e alcance.

TOLEDO (2002) o conceitua como: [...] Bens jurídicos são valores ético sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas³⁰ [...].

Em que pese a riqueza conceitual trazida pelos autores em geral na construção da idéia de bem jurídico protegido pelo direito penal, o substrato do mesmo ainda permanece na penumbra, já que a expressão valores ético sociais é indeterminada e muitas vezes dúbia, se prestando, ora a atender os interesses da justiça, ora aos do Estado, muitas vezes desarrazoados.

A razão parece mesmo estar com a Professora Marta Rodriguez de Assis Machado, que, pugnando pela noção de bem jurídico individual, na esteira do entendimento de Silva Sánchez, preleciona:

Para afastar o perigo inerente à idéia de funcionalidade social, que poderia levar à proteção penal de valores morais – a exemplo do que veio a acontecer na escola nacional-socialista de Kiel, que direcionou o aparato punitivo à proteção do denominado *são sentimentos do povo alemão* -, conferiu-se ao conceito de bem jurídico uma referência central ao indivíduo.

Fundamentado na concepção trazida por Hans Welzel de que *o valor é uma conexão do objeto ao eu*, o conceito de bem jurídico esteve, historicamente, lastreado na relação da pessoa com o bem. Segundo tal premissa, o objeto da violação reside não no bem em si, mas na sua relação com o sujeito – o que constitui o substrato antropocêntrico da teoria tradicional do bem jurídico, denominada *monista pessoal*. Assim, por exemplo, a vida, a integridade física, a dignidade, a honra ou o patrimônio, enquanto bens jurídico-penais, expressam-se sempre na relação do sujeito com o objeto de valoração, o que acaba por determinar o valor do próprio bem. Desse modo, a mutabilidade operada nessa relação do bem com os indivíduos é que estabeleceu, em cada momento e em cada época, a cristalização de tipos legais de crimes bem diferenciados. Em suma, a idéia chave dessa teoria é a de que só ascendem à condição de bens jurídicos objetos que tenham um conteúdo de valor para o desenvolvimento do homem em sociedade. E, em contrapartida, aquilo que não afeta as possibilidades de realização individual não é punível.³¹ (MACHADO, 2005, p. 104-105)

²⁹ *Idem*, págs. 59/60.

³⁰ Toledo, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 5. ed., 2002, pág. 16

³¹ Machado, Marta Rodriguez de Assis, *Sociedade do Risco e Direito Penal: Uma avaliação de novas tendências político-criminais*, Ed. IBCCrim, 1. ed., 2005, pág. 104/105.

A mesma autora traz em sua obra, já citada, trecho significativo do entendimento de Silva Sánchez, no qual defende a necessidade de se estabelecer um conceito individual de bem jurídico:

Situando la autorrealización del individuo como elemento central del concepto de bien jurídico (que sigue manteniendo el ya aludido elemento de la dañosidad social) se resuelve, según creo, el problema que plantea Octavio de Toledo, en su crítica a las concepciones del funcionalismo: a saber, que el Estado, movido or los grupos hegemônicos, quiera castigar todos los hechos disfuncionales respecto al sistema de producción y distribución, del que éstos son beneficiários, y no quiera castigar hechos que, pese a ser lesivos, resultan funcionales al mismo. Em efecto, a partir de la referencia individual del concepto de bien jurídico, hechos disfuncionales que no afecten a las posibilidades de autorrealización del individuo no serán punibles.³² (MACHADO, 2005, p. 104-105)

Parece mesmo que o conceito de bem jurídico como sendo todo direito ou interesse individual, entendido como aquelas condições essenciais para a existência mesma do ser humano, bem como para o exercício e fruição de direitos outros de natureza fundamental, que dependam do direito penal para sua proteção e resguardo, é o que melhor atende ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, a característica garantidora inerente ao bem jurídico individual, conforme exposta, não tem se mostrado forte ao ponto de impedir a tendência, já instalada, de conferir proteção penal a bens jurídicos universais, cujos titulares são indeterminados e as lesões não identificáveis pelos métodos de aferição de provas que conhecemos. Dessa mudança promovida na estrutura do direito penal, cuidarão os próximos tópicos.

3.2

O Direito Penal Moderno e a Sociedade Mundial do Risco

Todo e qualquer ramo do direito muda sob o influxo de determinada demanda social latente, que, de resto, acaba por determinar os rumos do direito positivado,

³² Machado, Marta Rodriguez de Assis, *Sociedade do Risco e Direito Penal: Uma avaliação de novas tendências político-criminais*, Ed. IBCCrim, 1. ed., 2005, pág. 104/105, citando trecho da obra de Silva Sánchez: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch Editor, 1992. pág. 270

independentemente da relação jurídica a ser regulada; fato que muitas vezes afronta os postulados da ciência jurídica e, não raro, dá ensejo a diplomas legais paradoxais, uma vez que o afã pelo redimensionamento social através da lei, somente, é sempre inadequado e nocivo à sociedade.

Com o direito penal não foi diferente. A mudança radical de enfoque e de conteúdo desse ramo do direito, em todo o mundo, que passa a ostentar o qualificativo de direito penal moderno, foi promovida pela conscientização e mobilização da camada social formadora de opinião³³, a qual passa a refletir, e, enfim, conclui que vivemos em uma sociedade na qual os riscos aos bens jurídicos supra-individuais (coletivos) passam a exigir a pronta intervenção do direito penal na repressão a ações ou omissões que possam gerar ou mesmo contribuir para a ocorrência de danos a esses mesmos bens.

A partir do momento em que se decide, através da lei penal, que o Estado deve proteger esses bens; e mais, que tal proteção deve se dar pela via do direito penal, os problemas de ordem teórico-científicos e práticos surgem, já que o tal direito penal de bases clássicas, ainda vigente, não pode apresentar uma resposta (prevenção e/ou punição) a contento a essas novas ações geradoras dos riscos, na medida em que seus postulados e princípios não convivem com os imperativos de proteção aos citados bens jurídicos coletivos, vez que submetidos, absolutamente, ao jugo da exclusiva proteção a bens jurídicos individuais, núcleo, fundamento e legitimação, como já salientado, de todo o direito penal liberal (clássico).

Obviamente, que a decisão pela ingerência do direito e, mais de perto, do direito penal, na regulação dos atos danosos na sociedade do risco, deve-se, em grande parte, ao engajamento político da sociedade organizada (associações de proteção ao meio ambiente, iniciativas populares difusas visando a proteção do eco-sistema etc.), bem como à necessidade de combate à corrupção e ao crimes contra a saúde pública, principalmente.

³³ A opinião pública possui uma força transformadora do direito, sobretudo nos tempos em que vivemos. Nesse sentido, José Luis Díez Ripollés, em sua obra: *A Racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática*, Trad. Luiz Regis Prado, Ed. RT, 1. ed. 2005, pág 36, assevera que: “No primeiro sentido, deve-se destacar a frequência cada vez maior com que uma opinião pública favorável é capaz de desencadear por si só respostas legislativas penais. Desse modo, os grupos de pressão da mídia antecipam e substituem a intervenção dos grupos de especialistas *stricto sensu*. É cediço que a opinião pública é fruto de uma tarefa especializada, e que é realizada pelo que se poderia considerar um grupo de pressão, a mídia. No entanto, o nível de sua análise foi por muito tempo considerado incapaz de alcançar a profundidade necessária para satisfazer os requisitos de respeitabilidade social inerentes a todo programa de ação. A modificação desse ponto de vista assinala um dos maiores êxitos no progressivo incremento da função social dos meios de comunicação, que passam a ser considerados especializados para todos os efeitos e com uma polivalência desconhecida nos grupos de pressão especializados propriamente ditos.”

Tal mudança de rumo ocorrida no seio do direito penal, e conseqüentemente em todo o sistema de controle social formal, que deixa de ser o protetor dos bens jurídicos individuais e passa a garantidor dos bens jurídicos coletivos, supra-individuais, universais ou difusos, entendidos esses como direitos e interesses que não são atribuíveis a sujeitos determinados, uma vez que o prejuízo sofrido por determinada pessoa, nesses casos, é de difícil mensuração, não sendo verificável, efetivamente, é de fato contestável, porquanto ofende a maioria dos postulados do direito penal clássico. São exemplos de mencionados bens jurídicos: o meio ambiente, a saúde pública, a segurança pública etc.

Nada obstante isso, a proteção a tal categoria de bens jurídicos cresce e se impõe:

(...) el debate sigue siendo confuso, como pone de manifiesto una terminología jurídica que alude indistintamente a bienes supraindividuales, universales, colectivos, institucionales, macrosociales, de interés plural, generales, difusos, sociales, multipersonales, estatales, plurisubjetivos etc., denominaciones que en todo caso presentan el rasgo común de hacer referencia a intereses que no pueden referir-se con exclusividad a um sujeito individual com facultad de disposición sobre ellos.³⁴ (MACHADO, 2005, p. 102)

Resta saber o seguinte: o que motivou o implemento de tão brutal mudança no direito penal, consistente no abandono, em grande medida, dos princípios do Direito Penal Clássico e no acolhimento de novos critérios de imputação, sempre ofensivos àqueles princípios?

A razão de dita transformação não é outra, senão o aparecimento de novos e perigosíssimos riscos na sociedade, por força de ações que atentam contra os apontados bens jurídicos coletivos, sempre caros à chamada sociedade mundial do risco, que pode ser conceituada como:

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

Em suma, a teoria da reflexividade engloba uma abordagem acerca do processo de confrontação entre os efeitos da modernização e as bases da sociedade industrial e, também, sobre como a sociedade industrial se vê como sociedade do risco e como ela se critica e se reforma.

³⁴ Afirmação de Norberto Mata Barranco, em seu livro: *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa: Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados em una autorización administrativa ilícita*. Barcelona: Cedes, 1996, p.42, contida na obra de Marta Rodriguez de Assis Machado, em: *Sociedade do Risco e Direito Penal: Uma avaliação de novas tendências político-criminais*, Ed. IBCCrim, 1.ed., 2005, pág. 102.

A partir do momento em que os riscos tecnológicos são reconhecidos como riscos derivados de decisões humanas, os centros de tomada de decisões e as leis do progresso tecnológico e científico tornam-se questões políticas. Também ingressam na agenda política os temas ligados aos mecanismos de controle e distribuição dos riscos, particularmente, a questão da ineficiência dos mecanismos atuais e da busca de novas alternativas.³⁵ (MACHADO, 2005, p. 31-32)

Desse modo, a sociedade mundial do risco configura-se como a sociedade do temor originado pelas possibilidades de ocorrências de danos que ela própria, por meio do fomento da atividade tecnológica, criou e que agora a ameaçam; fato que faz com que recorra ao ramo mais repressivo do direito (o direito penal) para aplacá-los.

A partir de mencionado estado de coisas, o Estado-Nação, estimulado, sobretudo, pela opinião pública, voz e representante da sociedade aterrorizada pelos riscos da pós-modernidade, e por iniciativas do poder executivo e legislativo, começa a delinear, a partir de uma excessiva criação de tipos penais abstratos e de determinação duvidosa, em todo o mundo, um novo direito penal: o direito penal moderno; o qual se prestaria a combater e coibir a criminalidade moderna.

Com Bitencourt temos que:

Fala-se abundantemente em “criminalidade moderna”, que abrangeria a criminalidade ambiental internacional, criminalidade industrial, tráfico internacional de drogas, comércio internacional de detritos, onde se incluiria a delinquência econômica ou criminalidade de “colarinho branco”. Essa dita “criminalidade moderna” tem uma dinâmica estrutural e uma capacidade de produção de efeitos incomensuráveis, que o Direito Penal clássico não consegue atingir, diante da dificuldade de definir bens jurídicos, de individualizar culpabilidade e pena, de apurar a responsabilidade individual ou mesmo de admitir a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.³⁶ (BITENCOURT, 2007, p. 15)

³⁵ *Idem*, pág.31/32. No mesmo sentido é a lição de Sánchez: “Desde a enorme difusão da obra de Ulrich Beck, é lugar comum caracterizar o modo social pós-industrial em que vivemos como “sociedade do risco” ou “sociedade de riscos” (*Risikogesellschaft*). Com efeito, a sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento o bem-estar individual. Como também as têm a dinâmica dos fenômenos econômicos. Sem embargo, convém na ignorar suas conseqüências negativas. Dentre elas, a que interessa aqui ressaltar é a configuração do *risco de procedência humana como fenômeno social estrutural*. Isso, pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos etc.) que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações etc. Mas, também, porque a sociedade tecnológica, crescentemente competitiva, desloca para a marginalidade não poucos indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais. Jesús-Maria Silva Sánchez, em *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Ed. RT, 2 ed.2002, págs.28/29.”

³⁶ Bitencourt, César Roberto, Ed. Saraiva, 7. ed., 2007, págs. 15.

E, citando Hassemer, conclui o autor:

Como sentencia Hassemer: “Nessas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, na apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não-penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou a *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas”. Para combater a “criminalidade moderna” o *Direito Penal da culpabilidade* seria absolutamente inoperante, e alguns dos seus princípios fundamentais estariam completamente superados. Nessa criminalidade moderna, é necessário orientar-se pelo perigo em vez do dano, pois quando o dano surgir será tarde demais para qualquer medida estatal. A sociedade precisa dispor de meios eficientes e rápidos que possam reagir ao simples perigo, ao risco, deve ser sensível a qualquer mudança que possa desenvolver-se e transformar-se em problemas transcendentais. Nesse campo, o direito tem de organizar-se preventivamente. É fundamental que se aja no nascedouro, preventivamente, e não representativamente. Nesse aspecto os bens coletivos são mais importantes que os bens individuais; é fundamental a *prevenção*, por que a *repressão* vem tarde demais.³⁷ (BITENCOURT, 2007, p. 15)

O direito penal moderno representa, dessa forma, a opção política para o combate aos atos e fatos atentatórios aos bens jurídicos supra-individuais, que, pela sua magnitude, passam a merecer a intervenção estatal através da tutela penal.

3.2.1

A nova configuração dada ao Direito Penal: O Direito Penal Moderno

É de se ver, que para a criação de um novo direito penal e de modernas funções (combate aos riscos por meio da proteção antecipada de bens jurídicos coletivos ou supra-individuais) a ele atribuídas exige, em um primeiro momento, o estabelecimento de sua justificação.

No entanto, o aniquilamento de todo o direito penal clássico tem prescindido de critérios eminentemente jurídicos de racionalidade penal, o que faz com que se objete, muitas vezes, as razões de ser de um direito penal moderno, fulcrado na idéia da punição antes do dano, na ampliação da responsabilidade penal, enfim, na flexibilização das garantias penais do Estado liberal, ainda que essa destruição conceitual e teórica de tais institutos e garantias tenha se dado em virtude da proteção ao meio ambiente, à economia e à saúde pública.

³⁷ *Idem*, pág. 15.

A seguir serão avaliadas as tendências jurídico-penais do direito penal moderno, verificando-se a (in) adequação de todas aos critérios de racionalidade penal vigentes, instituídos pelos princípios do direito penal de bases clássicas.

3.2.1.1

A proteção penal a bens jurídicos supra-individuais

Como dito, o núcleo central do direito penal de bases clássicas é a proteção ao bem jurídico individual; circunstância determinante que informa o raio de ação da intervenção penal do Estado, exercendo função de garantia junto aos cidadãos, já que só haverá responsabilidade penal se e quando tais bens forem significativamente atingidos ou se estiverem na iminência concreta de serem afetados.

O direito penal moderno, no entanto, desconhecendo tal exigência de racionalidade penal e pugnando pela proteção indiscriminada e sem limites àqueles bens jurídicos chamados coletivos, aniquila, por assim dizer, a função de garantia até então exercida pelos bens jurídicos individuais e promove a ampliação da tutela penal.

Com razão preleciona Marta Rodriguez que:

Se hoje em dia parece insustentável negar proteção jurídica aos bens jurídicos supra-individuais, é de se constatar que a tutela desses bens vem sendo significativamente promovida pelo direito penal, como pudemos mostrar no Capítulo anterior. Entretanto, isso traz reflexos ao próprio conceito de bem jurídico penal e à integridade dos princípios que até agora nortearam a intervenção penal de *ultima ratio*, quais sejam, o da lesividade, o da intervenção mínima, o da fragmentariedade e o da subsidiariedade. Melhor dizendo, o processo de ampliação progressiva do objeto de tutela penal, que inspira a dinâmica da produção legislativa mais recente, opõe-se diametralmente aos princípios da ofensividade e, por conseguinte, ao da fragmentariedade e da subsidiariedade, colocando em questão a função penal de garantia a bens jurídicos.

A primeira nota dissonante entre a proteção aos bens jurídicos supra-individuais e a teoria clássica do bem jurídico refere-se à fraca concreção desses bens e ao seu afastamento da órbita do indivíduo. De fato, vê-se a progressiva substituição da proteção de bens jurídicos concretos referidos diretamente a pessoas pela proteção a categorias amplas e multifárias, a instituições, a modelos de organização social ou de unidades funcionais às quais se atribui um valor. Tais bens apresentam-se vagos e carentes de definição precisa, de duvidosa corporização ou mesmo de impossível tangibilidade. Não há dúvida de que esse panorama conflita com o arcabouço teórico das teses clássicas sobre o bem jurídico, calcadas em pressupostos de precisão e pessoalidade. Afinal, a proteção, por exemplo, do funcionamento do mercado, do bem-estar dos cidadãos, da saúde pública ou do equilíbrio ambiental guarda certo distanciamento da proteção a bens jurídicos palpáveis e afetos à

esfera pessoal dos indivíduos, como a vida, a saúde e o patrimônio.³⁸ (RODRIGUES, 2005, p. 157-158)

Como visto, a intervenção penal somente se justifica e se legitima se for necessária, útil, enfim, indispensável para a proteção de bens jurídicos.

Um tal direito penal moderno, ao proteger os bens jurídicos coletivos, afeta, de uma só vez, inúmeros princípios do direito penal vigente no Estado Democrático de Direito. Quando pugna pela punição sem se preocupar em definir vítima (s) determinada (s) ofende o princípio da lesividade ou da ofensividade. Por fim, ao se incumbir da proteção integral de bens jurídicos coletivos ou supra-individuais torna insignificante o caráter subsidiário do direito penal, uma vez que deixa de ser a *ultima ratio* (intervenção mínima) e passa a ser a *prima ratio*, colocando em cheque a função limitadora do direito penal, exigida em virtude sobretudo do instrumental penal utilizado em sua resposta, sempre agressivo (pena) e ofensivo a direitos constitucionais.

O pressuposto da lesão ou do perigo de lesão para a tipificação penal e posterior aplicação de pena é absolutamente desconsiderado, do ponto de vista empírico, na tipificação dos tipos próprios do direito penal moderno.³⁹

A moderna doutrina, ao cuidar do tema, consigna:

De fato, o princípio da lesividade social, decorrente do axioma *nullum crimen sine iniura*, postula que o Estado, no exercício de suas tarefas de proteção, apenas pode intervir contra determinadas formas de comportamentos se um interesse de um membro da sociedade é ou pode ser afetado. Diverge desse princípio o fato de que, no campo da nova criminalidade contra interesses difusos, os fatos delitivos muitas vezes não passam de ruídos a padrões de segurança previamente normatizados, de modo que não se consegue sequer identificar as conseqüências naturalísticas de muitas das ações incriminadas e, muito menos, a lesão às condições individuais de vida.

De igual maneira, o modelo de imputação utilizado nesse campo, baseado em delitos de mera transgressão e tipos de perigo abstrato, que prescindem de resultado, está evidentemente distante do paradigma clássico da necessária danosidade a um bem concretamente representado.⁴⁰ (MACHADO, 2005, p. 158-159)

³⁸ Machado, Marta Rodriguez de Assis, em: *Sociedade do Risco e Direito Penal: Uma avaliação de novas tendências político-criminais*, Ed. IBCCrim, 1. ed., 2005, pág. 157/158.

³⁹ São exemplos de tipos penais dessa natureza aqueles previstos nos artigos 31, 34, 42, 51 e 52 da Lei 9.605/1998, os quais descrevem condutas nas quais não é possível delimitar, com a precisão exigida pela teoria do tipo, a afetação, efetiva, aos bem jurídico ambiental.

⁴⁰ Machado, Marta Rodriguez de Assis, em: *Sociedade do Risco e Direito Penal: Uma avaliação de novas tendências político-criminais*, Ed. IBCCrim, 1. ed., 2005, págs. 158/159.

E conclui a Autora, referindo-se à conversão operada no conceito de bem jurídico, que passa de critério de limitação do direito de punir do Estado para critério de criação de norma penal incriminadora:

De um modo geral, aponta-se uma inversão nos critérios de utilização do conceito de bem jurídico: se, desde a sua concepção, esse conceito teve a função crítica de operar como limitador da intervenção punitiva do legislador e serviu de instrumental para os movimentos de descriminalização, com a pressão das novas demandas de tutela, a noção de bem jurídico vê-se transformada em critério para a exigência de intervenção penal. Ou seja, assume o papel de propulsora a ampliação e não da limitação do *ius puniendi*. Por isso se diz que, ao lado da progressiva expansão do significado do conceito de bem jurídico, há um paulatino desvanecimento de sua função garantidora dos limites ou das condições de justificação da proibição penal. Vislumbra-se aí uma importante mudança de paradigma: de um modelo de contenção do processo de criminalização para um modelo basicamente criminalizador, que parte de pressupostos preventivos contra os novos riscos.⁴¹ (MACHADO, 2005, p. 159-160)

3.2.1.2

A antecipação da tutela penal a esferas anteriores ao dano

A característica mais marcante desse critério ou tendência do direito penal moderno é a de atuar de forma, absolutamente, preventiva, ou seja, antecipando a resposta penal para antes da afetação a qualquer bem jurídico ou mesmo da colocação dos mesmos em estado periclitante. Isso se dá pelo uso desenfreado que tem feito essa nova dogmática penal, que encontra-se em franca evolução, dos institutos jurídico-penais dos tipos penais de perigo abstrato, dos crimes de mera transgressão e da maioria dos tipos penais omissivos.

A ofensa aos princípios comezinhos do direito penal clássico na situação narrada parece evidente, uma vez que não se perquire, para a adequação do fato supostamente lesivo à norma, se houve ou não perigo efetivo de lesão, quem são os sujeitos desse interesse, como tal interesse se corporifica de modo a merecer a proteção do Estado por meio da intervenção penal, sempre agressiva e muitas vezes degradante, circunstâncias que exigem que tal ingerência seja, por questão de lógica e racionalidade, excepcional.

Ao cuidar do tema, discorre a doutrina:

Verifica-se, desde logo, que a combinação entre a tutela penal dos bens jurídicos supra-individuais e o avanço da intervenção estatal a esferas anteriores ao dano agrava as contradições ligadas à necessária ofensividade das condutas típicas. Isso porque a nebulosidade do objeto de proteção e da titularidade de tais bens jurídicos conjuga-se à

⁴¹ *Idem*, págs. 159/160.

falta de concreção lesiva dos tipos penais, que prescindem de uma consideração posterior do resultado.

A tensão desse modo de incriminação com os pressupostos de um conceito material de delito vê-se evidenciada quando se submetem à pena criminal condutas que carecem de referência lesiva clara e são definidas, basicamente, desvios de normas padrões de segurança. Em outras palavras, segundo as regras interpretativas formais dos delitos de mera conduta e dos tipos de perigo abstrato, seria lícita a imputação de responsabilidade criminal em função de uma ação hipoteticamente negativa que, entretanto, na prática, emergiu despida de qualquer danosidade ou periculosidade, ou mesmo em situações em que o autor tenha tomado medidas para evitar o surgimento do risco ou do dano. É evidente que tal sorte de procedimentos fulmina a referência material que, segundo os padrões clássicos, deveria não só justificar a intervenção penal, mas presidir a interpretação dos tipos, com vistas a determinar sua realização.

De outro lado, os antagonismos parecem agravar-se quando a questão é abordada pelo prisma do princípio da mínima intervenção e dos pressupostos de subsidiariedade, fragmentariedade e *ultima ratio* que norteiam a racionalidade penal moderna.⁴² (MACHADO, 2005, p. 162-163)

Nos casos em que o Estado tutela, preventivamente, por meio do direito penal, o suposto bem jurídico coletivo que teria sido afetado, ou que estaria em vias de sê-lo, ocorre a preterição de um critério mínimo de racionalidade penal que têm informado toda a produção legislativa dos países centrais e periférico, qual seja: a proporcionalidade entre o ato desviante (crime) e o castigo (pena), vez que a punição já não é pressuposto de uma conduta, efetivamente, lesiva ao bem jurídico, até porque, no caso da proteção aos citados interesses coletivos, não há constatação de dano efetivo ou perigo real aos mesmos. Tal cenário, em uma leitura que não desconheça a moderna dogmática constitucional, é intolerável.

3.2.1.2.1

Tipos penais de perigo abstrato

Um dos meios que permite a configuração da antecipação da tutela penal antes do dano é a produção de tipos penais que constituem delitos de perigo abstrato. O direito penal moderno se vale, indiscriminadamente, desse tipo de expediente (responsabilidade penal nos crimes ambientais, por exemplo, com base em crimes de perigo abstrato).

Nas palavras de Paulo Queiroz, os crimes de perigo abstrato são:

O perigo é abstrato ou presumido quando o legislador tipifica a conduta por julgá-la perigosa em si, independentemente de qualquer risco efetivo, isto é, a lei o presume *jure et de jure*.

⁴² *Idem*, págs. 162/163.

Uma objeção a fazer aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio de lesividade, bem assim o caráter de *extrema ratio* (subsidiário) do direito penal. Por isso há quem considere, inclusive, não sem razão, inconstitucional toda sorte de presunção legal de perigo.⁴³ (QUEIROZ, 2005, p. 157)

A contestação acerca da ofensa aos princípios clássicos recepcionados pela maioria dos diplomas constitucionais do mundo não ocorre apenas no Brasil, mas segue seu curso para além de nossas fronteiras. Nesse sentido é a afirmação de Blanca Mendoza Buergo, cuja abalizada opinião é parte integrante da obra de Marta Rodrigues:

La presunción o generalización de la carga de peligro para el interes protegido entraña evidentes problemas de legitimidad, que se pueden sintetizar em fricción com los principios de lesividad del hecho y de culpabilidad por falta de um injusto material, que se produce al imponer una pena por hechos que individualmente no muestran una peligrosidad suficiente de la que pode hacer responsable al autor, pero que también se pueden referir al principio de proporcionalidad. (...)

Frente a ello, no se esgrime solo la posible infracción al principio de culpabilidad que, según la crítica “tradicional”, podían suponer los delitos de peligro abstracto, sino que más allá, se objeta que con tal modo de proceder se enturbia la fuerza fáctica del Derecho penal para la protección de bienes jurídicos, em la medida em que se reduce el vínculo entre el comportamiento prohibido y la lesión del bien jurídico, lo cual supone también disminuir los presupuestos de punibilidad y, a través de ello, debilitar de manera radical la posición del autor, restringiendo sus posibilidades de defensa. Las tensiones com las condiciones de um conceto material de delito resultan evidentes cuando se someten a pena criminal conductas que carecen de referencia lesiva clara, definidas básicamente como la desviación de la regla o del estándar, que muchas veces no pasan de ser meras perturbaciones o comportamientos indeseados o “molestos” para el modelo de funcionamiento de um determinado subsistema.⁴⁴ (MACHADO, 2005, p. 167-168)

3.2.1.2.2

Normas penais em branco

Outro meio de atuação do direito penal moderno, o qual atende ao desiderato anunciado, qual seja, a proteção aos bens jurídicos supra-individuais, é a tipificação aberta ou indeterminada. Esse expediente tem sido utilizado pelos Estados contemporâneos com profusão.

Por norma penal em branco, com TOLEDO (2002), temos que: [...] Denominam-se normas penais em branco aquelas que estabelecem a cominação penal, ou seja, a

⁴³ Queiroz, Paulo, Direito Penal: Parte Geral, pág.157.

⁴⁴ Machado, Marta, Sociedade do Risco e Direito Penal, págs.167/168, citando Blanca Mendoza Buergo em sua obra: El derecho penal em la sociedad del riesgo. Madrid: Civitas, 2001. págs.80/81.

sanção penal, mas remetem a complementação da descrição da conduta proibida para outras normas legais, regulamentares ou administrativas⁴⁵. [...]

Poder-se-ia, com arrimo em tal conceito, alegar-se, inclusive, a inconstitucionalidade da lei penal em branco ou de conteúdo indeterminado, por absoluto desprezo e desrespeito ao princípio constitucional da legalidade, uma vez que quem define o que seja crime, tipificando o fato lesivo, muitas e muitíssimas vezes, é a administração pública e não o Legislativo (reserva de lei), poder constitucionalmente competente para tanto, ao qual incumbe definir o conteúdo proibido da norma penal incriminadora. Tem-se como exemplo, o tipo penal previsto no artigo 56 da Lei 9.605/1998, que cuida das sanções penais e administrativas por atos lesivos ao meio ambiente:

Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Há quem diga que a impossibilidade de se prever todo o conteúdo das substâncias tóxicas, perigosas ou nocivas à saúde justificaria a remissão feita pelo tipo penal às normas regulamentares (administrativas); fato que afastaria a propalada inconstitucionalidade.

Ora, de se ver que, ainda que tal fosse possível - o afastamento da inconstitucionalidade da norma penal em branco em virtude da não afetação ao princípio da legalidade -, o certo é que mencionado recurso – utilização de normas penais em branco – tem sido utilizado, como dito, de forma desmedida, o que causa a ofensa a outros princípios constitucionais, igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, tais como: princípio da intervenção mínima, princípio da subsidiariedade, princípio da fragmentariedade etc.

A doutrina qualificada, ao tratar do tema, assenta o seguinte entendimento acerca da matéria:

(...) Ou seja, o direito penal, em um dado momento e em determinados casos, prescinde do eu paradigma de repressão a determinadas lesões a bem jurídico-penais e passa a

⁴⁵ Francisco de Assis Toledo, Princípios Básicos de Direito Penal, págs.42/43.

adotar o encargo, anteriormente sediado no campo da administração, de promover valores, bem como ordenar e planejar determinados setores da sociedade, a partir de uma linha de atuação global e não focada em um ato criminoso específico. Segundo, por meio da acessoriedade prestada pelo direito penal ao direito administrativo. O que significa que, em geral, quando se pensa na proteção dos padrões de segurança dos bens supra-individuais, temos uma regulamentação administrativa da matéria, cuja observância é reforçada pela esfera penal.

Especialmente em virtude dessa última vertente da acessoriedade administrativa do direito penal é que se começou a notar uma crescente inclinação do legislador na utilização das *normas penais em branco*, que se caracterizam por serem normas que não trazem consigo a descrição completa do modelo de conduta proibida, mas que requerem o complemento de um dispositivo extrapenal, normalmente de natureza administrativa. Para alcançar o modelo de conduta proibida, o intérprete deve completar o tipo a partir das remissões nele contidas.

Segundo o panorama geral traçado, no campo da criminalidade dos novos riscos, a norma penal passa a sancionar a inobservância a determinadas normas administrativas, bem como a atos e procedimentos da administração, tais como autorizações e licenças.⁴⁶ (MACHADO, 2002, p. 170-171)

3.2.1.2.3

Responsabilidade penal das pessoas jurídicas

A responsabilidade penal do ente coletivo, que, somada a outros tantos critérios, constitui o instrumental teórico que sustenta o direito penal moderno na sociedade do risco, é igualmente criticada.

A razão de tal se dar parece acompanhar a sorte dos argumentos antes expendidos e é extraída da idéia de que mencionada responsabilidade desconhece os elementos e princípios jurídicos indispensáveis para a sua justificação e legitimação, tais como os princípios de culpabilidade e da responsabilidade individual ou subjetiva.

Os estudiosos do direito têm entendido, de forma correta, que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não encontra lugar no nosso ordenamento jurídico:

No sistema jurídico brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída, exclusivamente, às pessoas físicas. Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a *imputabilidade* jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos. A conduta (ação ou omissão), pedra angular da Teoria Geral do Crime, é produto essencialmente do homem. A doutrina, quase à unanimidade, repudia a hipótese de a conduta ser atribuída à jurídica.⁴⁷ (BITENCOURT, 2007, p. 18)

É conclui Bitencourt, citando Muñoz Conde e García Arán:

⁴⁶ Marta Machado, Sociedade do Risco e Direito Penal, págs.170/171.

⁴⁷ César Roberto Bitencourt Tratado de Direito Penal, pág. 18, valendo-se de lição de René Ariel Dotti.

(...) a capacidade de ação, de culpabilidade e de pena exige a presença de uma *vontade*, entendida com *faculdade psíquica da pessoa individual*, que não existe na pessoa jurídica, mero *ente fictício* ao qual o Direito atribui capacidade para outros fins distintos dos penais.⁴⁸ (BITENCOURT, 2007, p. 18)

O ordenamento jurídico do Brasil prevê, de forma atabalhoada, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, como se vê do preceito previsto no artigo 3º da Lei 9.605/1998, que cuida, dentre outras coisas, da repressão aos chamados crimes ambientais:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

De se ver que o mencionado dispositivo não está em harmonia com o preceito constitucional que admite a responsabilidade da pessoa jurídica. Tal assertiva pode ser verificada pela análise do artigo 173, par. 5º, da Constituição Federal do Brasil:

A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia em particular.

Ora, a responsabilidade da pessoa jurídica, a qual se referiu o legislador, por motivos óbvios, foi aquela que se aperfeiçoa no âmbito cível e administrativo, sobretudo, não a derivada do direito penal.

É fato que a sanção advinda do direito penal é absolutamente inadequada para as pessoas jurídicas, entendidas como entes morais que se diferenciam, portanto, das pessoas físicas que a constituem. A pergunta que ganha relevo é: como aprisionar uma pessoa jurídica?

Bitencourt, mais uma vez valendo-se da palavras de Muñoz Conde, ensina que:

(...) concordo que o atual Direito Penal disponha de um arsenal de meios específicos de reação e controle jurídico-penal das pessoas jurídicas. Claro que estes meios devem ser adequados à própria natureza destas entidades. Não se pode falar de penas privativas de liberdade, mas de sanções pecuniárias; não se pode falar de inabilitações, mas sim de suspensão de atividades ou de dissolução de atividades, ou de intervenção do Estado. Não

⁴⁸ *Idem*, pág.18.

há, pois, por que se alarmar tanto, nem rasgar as próprias vestes quando se fale de responsabilidade das pessoas jurídicas: basta simplesmente ter consciência de que unicamente se deve escolher a via adequada para evitar os abusos que possam ser realizados.⁴⁹ (BITENCOURT, 2007, p. 19)

De sorte que, contendo as mencionadas normas que reprimem os crimes ambientais sanções penais privativas da liberdade (artigos 29 a 69 da Lei 9.605/1998), aplicáveis, como visto, às pessoas jurídicas, não se pode negar a inadequação de tal resposta estatal, porquanto haveria apenas e tão somente um direito penal ambiental simbólico, sem qualquer efetividade, uma vez que não é possível aprisionar uma pessoa jurídica, bem como, carente de eficácia e legitimação, já que ofensivo aos princípios da culpabilidade e da responsabilidade penal subjetiva, este último com assento constitucional expresso no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal do Brasil.

Nesse sentido, conclui Bitencourt, citando Silvina Bacigalupo:

Pode-se concluir, no entanto, com a afirmação de Silvina Bacigalupo, que “a simples introdução no ordenamento jurídico de uma norma prevendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica não será solução, enquanto não se determinar previamente os pressupostos de dita responsabilidade.” O reconhecimento da pessoa jurídica como destinatária da norma penal supõe, antes de tudo, a aceitação dos princípios de imputação penal, como fez, por exemplo, o atual Código Penal francês de 1992, em seu art. 121, ao introduzir a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Com efeito, a recepção legal deve ser a culminação de todo um processo, onde devem estar muito claros os pressupostos de aceitação da pessoa jurídica como sujeito de Direito Penal e os respectivos pressupostos desta imputação, para não se consagrar uma indesejável responsabilidade objetiva.⁵⁰ (BITENCOURT, 2007, p. 19-20)

⁴⁹ *Idem*, 19.

⁵⁰ *Idem*, 19/20.