

**THIAGO QUINTAS GOMES**

**DIREITO PENAL NA ERA GLOBAL: GARANTISMO  
POSITIVO AJUSTADO AO GARANTISMO NEGATIVO**

*Dissertação apresentada à banca  
examinadora da Pontifícia Universidade  
Católica – PUC – SP, como exigência  
parcial para obtenção do título de Mestre  
em Direito, sob orientação do Prof. Dr.  
Ricardo Hasson Sayeg*

Pontifícia Universidade Católica

São Paulo – 2009

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**Banca Examinadora**

---

---

---

---

---

*Agradeço ao meu orientador Professor Doutor Ricardo Hasson Sayeg pelo entusiasmo demonstrado pelo tema e pela orientação de cunho humanista na elaboração desta dissertação.*

*Agradeço aos Professores Doutores Marco Antonio Marques da Silva, Oswaldo Henrique Duek Marques, exemplos de profissionalismo e retidão como homens de inesgotável fonte de luz.*

*Agradeço ao Professor e Doutorando Ernani de Paula Contipelli, pelo entusiasmo demonstrado no meu ingresso no mestrado, acompanhamento e orientação, fruto de estimada amizade.*

*Agradeço a minha amada Júlia Cristina Lena Mendes, inspiração do meu viver.*

*Agradeço a meus pais, Domiciano e Clery, e a meus irmãos Gustavo e doutor Filipe Quintas Gomes, verdadeiros guerreiros e fiéis amigos, de inestimável colaboração na realização desta dissertação, pela presença sempre positiva na minha vida.*

*Em memória de meu amado e inesquecível avô, Zeferino Quintas, sempre marcante em todos os dias de minha vida.*

## RESUMO

Esta dissertação faz análise da complexa sociedade do pós-industrial, hedonista, de massa e relações objetivas, denominada sociedade de risco, e qual deve ser a postura do direito penal diante dos novos interesses, difusos e coletivos, de um mundo globalizado.

O direito penal deve estar preparado para lidar com esta nova realidade, o que significa a adoção de uma nova dogmática jurídica-penal na proteção dos bens meta-individuais (direitos humanos de 3ª dimensão), porém conformada com os direitos humanos.

Os direitos humanos devem ser assegurados em todas as dimensões, o que significa um ajuste entre o garantismo positivo e o garantismo negativo na aplicação do direito penal globalizado (adensado) na consecução do bem comum.

*Palavras chave:* globalização, garantismo positivo, ajuste, garantismo negativo.

## **ABSTRACT**

This dissertation is the analysis of the complex post-industrial, hedonistic, mass and objective relations, called risk society, and what should the attitude of the criminal law be facing the new diffuse and collective interests, from a globalized world.

The criminal law must be prepared to deal with this new reality, which means the adoption of a new dogmatic criminal-legal in the protection of meta-individual properties (human rights of 3rd dimension), but conformed to human rights.

Human rights must be ensured in all sizes, which means an adjustment between the positive assurance and the negative assurance in the application of globalized criminal law (dense) in achieving the common good.

*Key words:* globalization, positive assurance, adjustmet, negative assurance.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	09
PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS .....	19
<b>CAPÍTULO I – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E JUSTIÇA PENAL</b>	
1.1. Direitos humanos .....	21
1.2. Fundamento e objetivo do Estado Democrático de Direito: ideal de fraternidade em adensamento.....	25
1.3. Direito de punir e Estado Democrático de Direito .....	28
1.4. Princípios informadores do direito penal no Estado Democrático de Direito .....	30
1.4.1. Princípio da legalidade.....	30
1.4.2. Princípio da fragmentariedade .....	33
1.4.3. Princípio da subsidiariedade .....	34
1.4.4. Princípio da culpabilidade .....	35
1.4.5. Ponderação humanística do direito (proporcionalidade) .....	37
1.5. Evolução do Princípio.....	39
1.6. Proibição de excesso (garantismo negativo). Proibição de proteção insuficiente (garantismo positivo) .....	41
1.7. Ponderação humanística no direito penal .....	42
<b>CAPÍTULO II – BEM JURÍDICO-PENAL</b>	
2.1. Proteção jurídico-penal: interesse individual, público e meta-individual (difusos e coletivos) .	48
2.2. Bem jurídico meta-individual .....	54
2.3. Bem jurídico como limite ao poder de punir do Estado (função garantia).....	57

### **CAPÍTULO III – A SOCIEDADE DE RISCO E HUMANISMO**

3.1. Capitalismo, globalização e a doutrina humanista.....	64
3.1.1. Constituição Federal e Capitalismo Humanista.....	68
3.2. Sociedade de risco e a paz social .....	70
3.3. Características da sociedade de risco.....	71
3.4. Limite de intervenção do direito penal e alternativas penais.....	74
3.4.1. A Escola de Frankfurt – Direito de Intervenção .....	75
3.4.2. As duas velocidades do direito penal.....	77
3.4.3. Direito penal do inimigo .....	79
3.4.3.1. Conceito de inimigo.....	80
3.4.4. Direito penal mínimo (garantismo negativo).....	82
3.4.5. Direito penal e Estado Democrático de Direito .....	84

### **CAPÍTULO IV – NOVA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL DA GLOBALIZAÇÃO**

4.1. Do tratamento constitucional à criminalidade globalizada.....	88
4.1.1. Desigualdade para se chegar à igualdade .....	90
4.2. A dogmática jurídico-penal tradicional e os novos rumos do direito penal globalizado na tutela dos bens meta-individuais .....	92
4.3. Novos rumos do direito penal (satisfatividade dos direitos humanos) .....	98
4.3.1. Tipicidade aberta.....	98
4.3.1.1. Criação dos tipos penais abertos.....	101
4.3.2. Crime de perigo (prevenção) .....	105
4.3.2.1. Crime de perigo concreto e de perigo abstrato .....	107
4.3.3. Imputação objetiva (nexo objetivo-normativo) .....	111
4.3.3.1. Da responsabilidade penal através da imputação objetiva.....	113
4.3.3.2. Imputação da conduta – juízo objetivo-normativo .....	116



4.3.3.3. Aplicação prática da imputação objetiva .....	118
4.3.4. Equilíbrio reflexivo – ajuste das garantias positivas com os direitos humanos do imputado (garantias negativas) .....	120
4.3.4.1. Direito penal da era global – adensamento dos direitos humanos – garantismo positivo ajustado ao garantismo negativo .....	121
 <b>CAPÍTULO V – DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL</b>	
5.1. Da regra de distribuição do ônus da prova no processo penal.....	131
5.1.1. Aspecto político .....	132
5.1.2. Aspecto probatório.....	133
5.1.3. Crimes de perigo - ônus da prova e presunções (absoluta e relativa).....	134
5.2. Novas regras - Inversão do ônus da prova no combate à criminalidade globalizada? .....	138
5.2.1. Inversão do ônus da prova sob a ótica punitiva .....	140
5.2.2. Inversão do ônus da prova sob a ótica patrimonial.....	141
CONCLUSÕES .....	148
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	153

## INTRODUÇÃO

A humanidade está em constante processo evolutivo. A sociedade do pós-industrial se revela de enorme complexidade, sendo que ao mesmo tempo em que trouxe diversos avanços de ordem tecnológica que contribuem para o desenvolvimento da humanidade, também trouxe uma série de problemas ao estabelecer uma sociedade de risco, de objetiva insegurança.

Ao se estabelecer um novo paradigma consubstanciado no risco social, o direito penal, observado o princípio da *ultima ratio*, deve estar preparado para lidar com esta nova realidade.

Nesse diapasão, esta dissertação propõe, com base na doutrina humanista, um novo rumo ao direito penal na tutela dos interesses meta-individuais de um mundo globalizado, com adoção dos seguintes conceitos que devem ser conformados com os direitos humanos: no campo da tipicidade, utilização de um sistema aberto com a elaboração de tipos penais dotados de norma penal em branco e tipos penais de perigo, com emprego da imputação objetiva como limite da responsabilidade penal.

Isto posto, é de se notar que a questão central da dissertação está no *Capítulo IV – Nova Dogmática Jurídico-Penal da Sociedade de Risco*, conformando os direitos humanos em todas as suas dimensões.

Entretanto, para legitimar a adoção de novos conceitos que diferem daqueles sustentados pela doutrina tradicional, torna-se necessário analisar, à luz de um humanismo integral, precipuamente:

No *Capítulo I*, os objetivos do regime democrático conformados pelo ideal de fraternidade e sua relação com o direito penal;

No *Capítulo II*, a doutrina do bem jurídico quanto aos bens meta-individuais, difusos e coletivos, e os valores eleitos pela Constituição Federal de interesse jurídico-penal;

No *Capítulo III*, as peculiaridades da sociedade de risco que justificam a opção por um sistema penal aberto na tutela dos bens meta-individuais.

Várias são as doutrinas especializadas que, de forma divergente, discutem os limites de intervenção penal no âmbito da sociedade de risco quanto aos interesses meta-individuais.

A questão é que o limite de interferência do Estado ao *jus libertatis* do cidadão através do direito penal, assim como a construção de todo o direito, deve ser orientado pelos direitos humanos que foram consagrados pela Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo que as alternativas penais consubstanciadas no direito de intervenção; direito penal de duas velocidades; direito penal do inimigo; foram apontadas nesta dissertação para fins de estudo, mas não atendem aos anseios democráticos.

Quanto à doutrina do garantismo penal, há de se ressaltar como frisa o próprio Ferrajoli, que garantismo é um modelo de direito, e que, portanto, todos devem obediência à Carta Federal.<sup>1</sup>

A sociedade atual moderna é dinâmica e sofre transformações constantes, de forma que não é possível numa concepção garantista de cunho democrático, adotar um modelo de garantismo absoluto sob o prisma eminentemente individual, o que significaria excluir o direito penal das questões envolvendo os interesses meta-individuais e, por conseguinte, o abandono da finalidade democrática e humanística de assegurar o bem comum.

O Estado Democrático de Direito recepcionou os valores do garantismo penal no sentido da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão, devendo observar os princípios da *ultima ratio*, fragmentariedade e subsidiariedade (garantismo negativo). Mas além dos valores afetos à liberdade individual, também elegeu como bens fundamentais os valores sociais e coletivos, reconhecidos como essenciais no desenvolvimento da personalidade humana, sendo todos esses valores considerados um feixe indissociável que não cabe se reconhecer uns e excluir outros.<sup>2</sup>

Por conseguinte, o direito penal sob a perspectiva democrática do bem comum, deve ser orientado pelo compromisso da fraternidade que condiz aos

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi, *A teoria do garantismo penal e seus reflexos no direito e no processo penal*, p. 3.

<sup>2</sup> SAYEG, Ricardo Hasson, *Tese de livre docência em direito econômico depositada na PUC-SP*, p. 11.

valores de uma sociedade livre, justa e solidária, para proteger, efetivamente, os bens individuais e meta-individuais (coletivos e difusos); sem que se possa, neste último caso, negar valores individuais consagrados pelo garantismo negativo.

Sob a perspectiva democrática devem ser protegidos os direitos humanos em todas as dimensões, o que significa um ajuste entre o garantismo positivo e o garantismo negativo para aplicação de forma adensada dos direitos humanos na consecução do bem comum.

A globalização resultou na formação de uma sociedade complexa e dinâmica nas suas relações, estando a exigir, num modelo democrático, uma postura mais ativa do Estado (proibição da proteção insuficiente) para assegurar sua finalidade (bem comum).

Sob o enfoque sociedade de risco, são apontadas as características (glocalidade, indetectabilidade e indivisibilidade) e a complexidade da sociedade do pós-industrial que dá ênfase ao hedonismo e por conta dele a adoção de um sistema capitalista eminentemente liberal que contribui decisivamente para existência e aumento dos riscos diante do individualismo, bem como pelo interesse jurídico-penal, uma vez que como observa Paulo Silva Fernandes, o crime por excelência da era global é o crime econômico.<sup>3</sup>

Nesse diapasão, o capitalismo não pode mais ser concebido sob um prisma eminentemente liberal, mas estribado numa vertente humanista, o que

---

<sup>3</sup> FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal*, p. 36.

está a exigir um maior controle de mercado pelo Estado em prol do bem comum à luz do espírito de fraternidade conforme propõe a doutrina humanista do professor Ricardo Hasson Sayeg, com adoção de mecanismos para garantir a segurança quanto aos níveis de risco na prática de condutas relacionadas à ordem econômica.

Para alguns doutrinadores esse tipo de controle não pode ser feito pelo direito penal, de índole repressiva e não preventiva, pois significaria sua desformalização.

Por outro lado, não se trata de desformalizar o direito penal, mas de adequá-lo a uma nova realidade, diante da mudança de paradigma, para proteger o bem jurídico meta-individual.

Ora, se com a globalização o paradigma do dano foi substituído pelo do risco, então, a dogmática penal deve ser construída a partir do risco. Nesse sentido, as correntes funcionalistas com emprego da imputação objetiva traçam uma nova dogmática com relação à teoria geral do delito, superando as teorias causalista e finalista.

Quanto à proposta de adoção de uma nova dogmática jurídico-penal na tutela dos bens meta-individuais, inicialmente, faz-se a análise do tratamento constitucional dispensado, para concluir pela possibilidade do tratamento diferenciado, com adoção de novos mecanismos no âmbito penal e processual penal para proteção dos interesses difusos e coletivos. Aliás, a própria Constituição Federal desiguala a fim de atingir a verdadeira igualdade quando

determina tratamento mais severo aos crimes que classifica em hediondos e assemelhados.

A adoção do sistema penal aberto é o mais adequado na proteção dos bens meta-individuais, tendo em vista a complexidade da sociedade de risco e a dinâmica resultante das relações sociais de um mundo globalizado, já que não é possível prever todas as situações em razão do constante avanço tecnológico, e nem trabalhar com o dano, que não se sabe quando ocorrerá e em que proporções.

Decorrência do sistema aberto é a elaboração de tipos penais incriminadores de perigo e normas penais em branco.

A doutrina tradicional, que defende exclusivamente o sistema fechado para o direito penal, sustenta a impossibilidade da adoção do sistema penal aberto por violar garantias penais, precipuamente, a garantia da legalidade com a utilização de cláusulas gerais, e a da lesividade do bem jurídico com a elaboração de normas penais em branco.

As críticas quanto aos novos conceitos, entretanto, são pontuais, recaindo na adoção de um sistema aberto com tipos penais de perigo, mas sem desconstruir a teoria da imputação objetiva que criou uma nova dogmática à teoria geral do delito com base no paradigma do risco social, de forma que o tipo penal de perigo só pode ser compreendido com a imputação objetiva, conformada pelos direitos humanos.

Isto posto, discute-se na doutrina tradicional a tipicidade aberta: a um, sob a perspectiva da legalidade; a dois, sob o prisma da lesividade do bem jurídico em relação aos crimes de perigo. São questões a serem enfrentadas nesta dissertação quando da análise da tipicidade aberta e dos crimes de perigo, cumprindo apenas ressaltar nesta introdução, que a crítica perde razão de ser, quando há o cuidado necessário na elaboração do tipo penal aberto, o que requer especial atenção do dogmata.

Como ponto central da nova dogmática jurídico-penal a teoria da imputação objetiva que foi criada com base no risco e deve ser compreendida pelos direitos humanos para responsabilização penal.

Sob a perspectiva da análise do risco, a imputação objetiva passa a centrar sua análise no fato, por meio de critérios objetivos-normativos atentos aos valores sociais, a fim de verificar se a conduta se enquadra ou não dentro de um risco permitido, funcionando como verdadeira garantia da vítima e do autor diante das incertezas do risco, o que atende à doutrina do humanismo integral com filiação jusnaturalista, vez que conforma o texto positivado da norma jurídica, para dar o significado social a que o tipo penal faz referência.

Portanto, para assegurar a efetividade do direito penal na tutela do bem jurídico meta-individual, não devem ser aplicados os conceitos do direito penal clássico, reservados para criminalidade tradicional, mas sim, adotar conceitos modernos construídos a partir do novo paradigma do risco, porém conformados com os direitos humanos.



Quando se pensa na metodologia penal deve-se pensar que os direitos humanos é que legitimam o direito penal.

Assim, o direito penal deve estar vinculado aos objetivos humanísticos do Estado Democrático de Direito (ideal de fraternidade), que procura assegurar uma igualdade real, observando os valores constitucionais que personificam a dignidade da pessoa humana, o que não se coaduna com os conceitos de um sistema penal fechado baseado no método dedutivo lógico-formal sem nenhuma natureza crítica.

Portanto, a nova postura da justiça penal está fundamentada nos direitos humanos que, em meio à ponderação humanística de bens (proporcionalidade), a fim de estabelecer a verdadeira igualdade e conseqüente justiça necessária, desigual para igualar, atendendo às exigências do bem comum.

O saudoso Antonio Luis Chaves Camargo criticou veementemente a estagnação da doutrina brasileira apegada ao sistema fechado, inclusive alegando desconhecimento pela doutrina dos institutos jurídicos propostos pela dogmática jurídico-penal moderna, pugnando pela superação da fase do sistema fechado e optando-se por um sistema aberto para que possa fazer frente à criminalidade desta sociedade de risco.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, 107/7-9.

O *Capítulo V* que trata do ônus da prova não tem a menor pretensão de desbravar tão vasto tema do campo processual penal, mas apenas foi introduzido nesta dissertação por duas razões:

A primeira e principal razão decorre da análise equivocada da maior parte da doutrina sobre a regra de distribuição do ônus da prova e as presunções relativa e absoluta.

Sob o enfoque presunções e crimes de perigo, sustentam: a) para os crimes de perigo concreto, uma presunção relativa, facultando ao réu provar a inexistência do perigo; b) para os crimes de perigo abstrato, uma presunção absoluta, o que “dispensaria” o Ministério Público de provar o perigo, já que presumido pelo tipo penal.

Isto posto, a fim de esclarecer a questão do ônus da prova nos crimes de perigo concreto e abstrato, faz-se a análise inicial no *Capítulo V* de qual é o sentido da regra de distribuição do ônus da prova no processo penal atribuído pela presunção de inocência, para após aplicar a regra no contexto dos crimes de perigo (concreto/abstrato).

A segunda razão da inclusão do *Capítulo V*, foi por existir, a despeito de uma maior eficiência no combate à criminalidade globalizada, apoucadas vozes na doutrina defendendo uma inversão do ônus da prova no processo penal, o que, *data venia*, é algo inconciliável com o caráter garantístico da presunção de inocência e com os anseios de um regime democrático.

À guisa de conclusão, conclui-se pelo ajuste do garantismo positivo na tutela dos bens meta-individuais ao garantismo negativo das liberdades individuais, para que sejam os direitos humanos aplicados de forma adensada (considerando-se as 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup> dimensão) na consecução do bem comum, não exclusivamente o direito à liberdade, nem tampouco o direito à segurança, ou à paz social, até porque todos esses direitos constituem formas de realização da dignidade da pessoa humana.

## PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS

Adotar um método de trabalho consiste em demarcar o objeto, colocando-o como foco temático e, em seguida, penetrar seu conteúdo.<sup>5</sup>

A dissertação traz como ponto central a propositura de uma nova dogmática jurídico-penal efetiva, porém conformada com os direitos humanos, para lidar com os riscos decorrentes de uma sociedade complexa do pós-industrial e que afetam tudo e todos.

Entretanto, a apresentação de uma nova dogmática jurídica deve ter sustentação científica, numa linha de pensamento real e não conjectural conformada aos direitos humanos.

*In casu*, adota-se como base de conformação da nova dogmática a doutrina humanista do professor Ricardo Hasson Sayeg, de forma que os novos rumos propostos à justiça penal devem atender à satisfatividade dos direitos humanos em todas as suas dimensões, pressuposto da nova dogmática, em favor do imputado, da vítima, dos interessados e da sociedade.

Isto posto, com reflexão crítica, o que não se coaduna com um pensamento penal formal clássico, busca-se, observado o princípio da *ultima ratio*, assegurar a efetividade do direito penal na proteção dos bens jurídicos meta-individuais com novos conceitos, mas desde que conformados aos

---

<sup>5</sup> SAYEG, Ricardo Hasson, *Tese de livre docência em direito econômico depositada na PUC-SP*, p. 14.

direitos humanos em todas as suas dimensões, o que só será possível, com a aplicação do ideal de fraternidade por meio da ponderação humanística do direito.

## **CAPÍTULO I - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E JUSTIÇA PENAL**

### **1.1. Direitos humanos**

Os direitos humanos foram revelados e assimilados pela atual sociedade ocidental pós-moderna, a partir de marcos históricos importantes, fundados em uma construção por meio da filosofia greco-romana e do cristianismo, fazendo despertar na consciência dos povos o profundo respeito à pessoa humana.

A consciência quanto ao significado da dignidade humana evoluiu conforme a evolução da sociedade, o que fez com que os direitos humanos ganhassem projeção e dimensões, a ponto de surgirem novos valores que passaram a ser considerados fundamentais para coexistência humana.

O primeiro marco histórico significativo foi a Revolução Francesa de 1789, quando, em decorrência deste movimento de libertação dos homens contra as arbitrariedades do Estado, foi reconhecida a universalidade do direito às liberdades civis e políticas, formando os direitos humanos de 1ª dimensão. Trata-se de direito essencial da humanidade do homem, pois tirar-lhe a sua liberdade e personalidade naturais é o mesmo do que subtrair sua humanidade.

Com o passar do tempo, percebeu-se que o direito às liberdades civis e políticas não era suficiente para assegurar a dignidade humana, havendo novo apelo à consciência, agora, com a preocupação de inserir o homem em sociedade com o reconhecimento das liberdades públicas, os direitos sociais, considerados direitos humanos de 2ª dimensão, pois não há como conceber uma existência digna, sem a garantia por parte do Estado quanto à segurança pública, e outros valores sociais fundamentais, que são as liberdades positivas.

Nesse momento histórico, o significado dos direitos humanos não se contenta em assegurar apenas o direito às liberdades negativas, pois para que o homem esteja devidamente inserido em sociedade e possa atingir uma existência digna, deve ter assegurado também as liberdades positivas.

Após a conquista dos negros americanos no que se denominou movimento pelo reconhecimento dos direitos civis e políticos (direitos humanos de 1ª dimensão), Martin Luther King, em discurso intitulado “E agora, para onde vamos?”, asseverou:

*“A dignidade do indivíduo florescerá quando as decisões que dizem respeito à sua vida estiverem em suas próprias mãos, quando tiver a segurança da estabilidade e a certeza de sua renda, e quando souber que tem os meios para buscar melhorias para si”.*<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> King, Martin Luther, 1929-1968, *Um apelo à consciência: os melhores discursos de Martin Luther King / Martin Luther King*, p. 149.

Nas últimas décadas, diante dos desafios da sociedade do pós-industrial que estabeleceu uma sociedade hedonista, de massa e relações objetivas, denominada de sociedade de risco, surge uma nova categoria de direitos humanos, os direitos difusos e coletivos, que decorrem da consciência do homem quanto à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos, constituindo os direitos humanos de 3ª dimensão.

Portanto, os direitos humanos, surgem a partir do despertar consciente quanto às necessidades fundamentais do homem para que ele possa desenvolver todas as suas potencialidades e atingir uma existência digna, o que somente é possível, no estágio atual, quando asseguradas as 3 dimensões dos direitos humanos concretizados em adensamento.

E é justamente por ter consciência de sua existência e dignidade que o ser humano deve receber e dar tratamento diferenciado em relação aos os outros seres vivos.<sup>7</sup>

O Brasil ratificou uma série de tratados internacionais de direitos humanos que trazem o caráter de obrigatoriedade e de aplicação imediata. Por outro lado, tendo em vista que os direitos humanos estão inscritos na consciência dos povos, sequer precisam ser positivados para serem reconhecidos. A positivação, no entanto, traz maior segurança. Quando positivados, são denominados pelos positivistas de direitos fundamentais.

---

<sup>7</sup> SILVA, Marco Antonio, *Cidadania e Democracia: instrumentos para efetivação da dignidade humana*, in *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade da pessoa humana*. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação), p. 227.



Direitos humanos ou direitos fundamentais segundo Marco Antonio Marques da Silva são:

*“divididos em gerações ou dimensões, constitui o conjunto de direitos e garantias do ser humano, em busca do respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”.*<sup>8</sup>

Essa vinculação ao sistema de direitos fundamentais se justifica na medida em que não é possível conceber dignidade, sem a satisfação de todas as dimensões dos direitos humanos.

Nesse diapasão, como ressalta Ricardo Hasson Sayeg: *“os direitos humanos com todas as suas dimensões configuram um feixe indissociável, não cabendo se reconhecer uns e excluir outros”.*<sup>9</sup> Por esse reconhecimento, o homem passou a ser relacional com todos e tudo levando à fraternidade.<sup>10</sup>

Portanto, para que o ser humano possa atingir sua plenitude inerente à sua dignidade, deve ter assegurado, além dos direitos de 1ª dimensão (liberdades negativas), os chamados direitos de 2ª e 3ª dimensão, quais sejam, as liberdades positivas e os direitos da comunidade respectivamente, o que está a exigir uma postura positiva do Estado orientada pelo espírito da fraternidade

---

<sup>8</sup> SILVA, Marco Antonio, *Cidadania e Democracia: instrumentos para efetivação da dignidade humana*, p. 224.

<sup>9</sup> SAYEG, Ricardo Hasson, *ob. cit.*, p. 11.

<sup>10</sup> Idem, p. 65.

em favor do bem comum para, sem reservas, dar satisfatividade aos direitos humanos em todas as suas dimensões.<sup>11</sup>

O direito penal está inserido nos direitos humanos de 2ª e 3ª dimensão, mas sendo subsistema primário da tutela dos direitos individuais<sup>12</sup>, também respeita a 1ª dimensão.

## **1.2. Fundamento e objetivo do Estado Democrático de Direito: ideal de fraternidade em adensamento**

O modelo democrático é aquele que melhor se identifica com os direitos humanos, vez que respeita e assegura suas três dimensões que decorrem da dignidade da pessoa humana.

A doutrina humanista, com filiação jusnaturalista, sustenta que os direitos humanos sequer precisariam ser positivados para serem reconhecidos, *“já que se impõe sem positivar, assim, consubstanciando-se válida e eficazmente, com o direito positivado, conformando-o.”*<sup>13</sup>

O nosso ordenamento jurídico com raízes no direito romano adotou como base a lei escrita, por conseguinte, os direitos humanos, nas suas três

---

<sup>11</sup> SAYEG, Ricardo Hasson, *ob. cit.*, p. 46.

<sup>12</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, *Direitos humanos e processo penal*, p. 110.

<sup>13</sup> SAYEG, Ricardo Hasson, *idem*, p. 13.

dimensões, foram positivados. Com a positivação passaram a ser denominados pela Carta Federal de direitos fundamentais.

Sob enfoque da doutrina humanista na criação e aplicação do direito, a norma jurídica somente pode ser considerada válida se conformada com os direitos humanos, ou direitos fundamentais.

*“Tal doutrina busca em seu jusnaturalismo a intersecção com o positivismo, residindo no metatexto superior dos direitos humanos, como material semântico legitimador e conformador do texto normativo positivado, que deve obediência à lei maior e universal”.*<sup>14</sup>

Estado Democrático de Direito, fundado da dignidade da pessoa humana, pluralismo político e outros princípios fundamentais esculpido no artigo 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988, é aquele que concretiza os direitos humanos e identifica uma série de valores que orientam sua atuação na consecução do bem comum.

Sob a égide democrática, depreende-se do artigo 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil o objetivo de uma sociedade livre, justa e solidária, os quais expressam as três dimensões dos direitos humanos que correspondem ao direito natural de liberdade, igualdade e fraternidade em adensamento.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> SAYEG, Ricardo Hasson, *Tese de livre docência em direito econômico depositada na PUC-SP*, p. 17.

<sup>15</sup> Idem, p. 44.

O Estado Democrático de Direito não se confunde com Estado de Direito, muito embora seja uma evolução histórica do denominado Estado de Direito (ou Estado da Razão) pautado no racionalismo e no princípio da legalidade.

No Estado da Razão, a liberdade é assegurada sob o ponto de vista meramente formal, sem qualquer tipo de conteúdo político ou de ordem econômica, o que não ocorre num Estado Democrático de Direito, que se pauta por uma democracia participativa, que não admite a desigualdade entre cidadãos, buscando incessantemente e como objetivo fraterno o bem comum.

Como se vê, a postura do Estado no modelo democrático não corresponde à postura negativa de um modelo estritamente liberal decorrente do Estado de Direito, devendo adotar uma postura positiva em favor do bem comum para, sem reservas, dar satisfatividade aos direitos humanos.

Se numa democracia o cidadão é parte no modelo, deve ter seus direitos fundamentais respeitados e assegurados pelo Estado, cujo poder advém da soberania popular que traduz no governo de todos e para todos, o que atende ao espírito de fraternidade e legitima o poder pela moral.

Como no modelo democrático há constante exigência na consecução do bem comum, já que sua função é assegurar, efetivamente, a dignidade da pessoa humana em todas as dimensões, o Estado deve estar sempre atento aos

novos valores para, sob o compromisso da fraternidade, garantir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.<sup>16</sup>

### **1.3. Direito de punir e Estado Democrático de Direito**

O fenômeno do crime contrapõe o poder de punir do Estado em face da liberdade do cidadão.

Mas, num modelo democrático, esse poder de punir do Estado é ilimitado?

Responde Marco Antonio Marques da Silva, não é ilimitado, mas seus limites e extensão estão definidos através dos princípios que decorrem dos fundamentos apontados no artigo 1º da Constituição Federal de 1.988.<sup>17</sup>

Dos fundamentos do artigo 1º da Magna Carta destaca o eminente doutrinador a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como os fundamentos principais para orientar a forma de análise dos fatos de interesse jurídico-penal.

Os dois fundamentos apontados afastam o arbítrio estatal. Veja-se:

O pluralismo político decorre da diversidade social e cultural, estando a exigir amplo consenso na tutela penal, de forma que o Estado numa sociedade

---

<sup>16</sup> PEREIRA, Cláudio José Langroiva, *Proteção jurídico-penal e direitos universais*, p. 37/38.

<sup>17</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 6.

pluralista, deve se impor não pela força, mas através de políticas que buscam o consenso social mínimo e o bem comum da sociedade.

E como pedra-de-toque do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, que consiste no reconhecimento constitucional dos limites de intervenção do Estado na vida do cidadão.

São princípios do direito penal que decorrem dos fundamentos do artigo 1º da Constituição Federal e que limitam o direito de punir do Estado: legalidade; *ultima ratio*, tendo como corolário: fragmentariedade e subsidiariedade; proibição de excesso, tendo como corolário: culpabilidade e proporcionalidade.

O *jus puniendi* num modelo democrático é vinculado diretamente às garantias do cidadão, previstas, tanto no campo do direito penal, quanto no campo do direito processual penal.

No estágio contemporâneo em que a dignidade da pessoa humana, para ser plena, deve satisfazer às 3 dimensões dos direitos humanos, não é mais possível enxergá-la, exclusivamente, sob o prisma eminentemente individual de um garantismo negativo do Estado, por ficar muito aquém da plenitude desse valor fraterno.

Nesse diapasão, o direito penal deve ser lido sob o compromisso democrático da fraternidade pautado numa sociedade livre, justa e solidária,

para que possa proteger, efetivamente, os bens fundamentais, atendendo os interesses do corpo social e cumprindo sua finalidade.<sup>18</sup>

De nada vale, num Estado Democrático de Direito, um direito penal meramente simbólico, que não cumpre o seu papel e contraria os ideais da democracia. Dessa forma, o direito penal deve estar em constante evolução de acordo com as novas realidades e valores incorporados na vida dos cidadãos, para proteger, efetivamente, os direitos humanos, com observância do princípio da *ultima ratio*.

## **1.4. Princípios informadores do direito penal no Estado Democrático de Direito**

### **1.4.1. Princípio da legalidade**

O princípio da legalidade tem sua versão histórica iniciada com Ulpiano o qual proferiu a assertiva *nulla poena sine lege* (não há pena sem lei), imortalizada no conjunto dos brocardos jurídicos da contemporaneidade.

---

<sup>18</sup> Marco Antonio Marques da Silva ressalta que o Estado Democrático de Direito tem por finalidade o pleno desenvolvimento dos cidadãos, através da superação das desigualdades sociais e reconhecimento dos limites de intervenção do Estado, de forma a realizar a justiça social e assegurar a dignidade da pessoa humana. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da, *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, p. 229.

Prescreve o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1.988, *in verbis*: “*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*”

O princípio da legalidade está consagrado pela máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, e constitui efetiva limitação ao poder punitivo do Estado, quando assegura que somente a lei pode instituir crimes e penas.

O fundamento do princípio da legalidade reside na segurança jurídica, sendo que no denominado quadro de garantia da lei penal, tem determinado o seu desdobramento em quatro garantias básicas como anota Marco Antonio Marques da Silva que orientam o *jus puniendi* do Estado:<sup>19</sup>

1. *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*: esta garantia exige que a lei incriminadora seja anterior ao fato que se deseja punir, afastando a possibilidade de alguém ser punido por lei editada em momento posterior à prática da conduta (anterioridade da lei penal).

2. *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*: exigência de lei escrita para proibir ou impor condutas do ponto de vista criminal, o que impede o uso dos costumes na criação de tipos penais, apesar de sua inegável aplicação na interpretação das normas penais.

3. *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*: é vedado o uso da analogia para condenar ou agravar uma pena (analogia *in malam partem*). De

---

<sup>19</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 8.



se destacar, entretanto, que não há obstáculo para o emprego da analogia em favor do agente (*analogia in bonam partem*).

4. *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*: esta garantia exige clareza dos tipos penais. O legislador na criação dos tipos penais deve descrever abstratamente o delito com todos os elementos necessários para a sua perfeita identificação, a fim de não deixar dúvidas quanto à esfera de liberdade do cidadão.

Em síntese, segundo este princípio nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que anteriormente à ocorrência do fato exista uma lei definindo-a como crime e cominando-lhe a sanção respectiva. [...] A abrangência do princípio da legalidade inclui a pena cominada pelo legislador, a aplicada pelo juiz e também aquela que vier a ser executada pelo administrador, impossibilitando que critérios de aplicação ou regimes de execução mais gravosos retroajam.

Ainda, podemos afirmar que este princípio é o caminho a ser seguido para que se possa viver sob um sistema penal racional e justo, visto que como ressalta Nilo Batista: “*além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido à coerção penal distinta daquela predisposta em lei*”.

Portanto, trata o princípio da legalidade de verdadeiro limitador ao poder de punir do Estado, que deve exercê-lo, respeitando os direitos e garantias individuais do cidadão, que tem na legalidade, o seu porto seguro na

esfera de liberdade de atuação, pois: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, inciso II, da CF/88).

#### 1.4.2. Princípio da fragmentariedade

Decorre do próprio caráter fragmentário do direito penal, que constitui fragmentos da realidade, reservando a sua atuação aos casos mais graves que atingem os bens imprescindíveis e impedem a manutenção da ordem social.

Não é qualquer fato que pode sofrer a intervenção penal, mas apenas aqueles que apresentem suficiente relevância para justificar a privação da liberdade, além da gravidade da conduta que cause um dano ou exponha a um risco relevante o bem jurídico penalmente tutelado.

Daí se depreende o caráter seletivo do direito penal a fim de eleger somente os fatos relevantes para conservação da segurança e paz social.

Como anota Marco Antonio Marques da Silva:

*“A Constituição Federal de 1988, coloca-se claramente no rumo de um direito penal fragmentário, quando se atenta para o tratamento constitucional da pena, buscando outras alternativas para a privação da liberdade, num abandono claro das teorias da prevenção geral de fins retributivos [...] Quando se deixa a pena privativa de liberdade como **ultima ratio** acredita-se em outros modos de controle exercidos pela sociedade como suficientes e*

*motivadores do respeito aos bens jurídicos. Portanto, o campo de atuação do direito penal é reduzido ao mínimo necessário para manutenção da paz social.”*

E prossegue: *“Nesse contexto, os direitos humanos, como obstáculo à atuação Estatal arbitrária, reforçam o caráter fragmentário do direito penal.”*

*“Dentro de um direito penal, o processo e as garantias processuais são o instrumento por meio do qual se atingirá o mínimo necessário para a paz social, como ultima ratio da intervenção estatal na vida dos indivíduos”.<sup>20</sup>*

### **1.4.3. Princípio da subsidiariedade**

O direito penal, num sentido figurativo, deve ser o antibiótico de última geração, o último remédio a ser utilizado (*ultima ratio*), quando os outros ramos do direito se mostrarem ineficazes na manutenção da paz social. Reside aí o seu caráter subsidiário.

A tutela do bem jurídico penal deve observar os princípios reitores da intervenção mínima, cumprindo sua função garantia de limitar o poder de punir do Estado.

---

<sup>20</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 12.

#### 1.4.4. Princípio da culpabilidade

A culpabilidade constitui fundamento essencial (pressuposto da personalidade da pena) e limite para aplicação da pena (culpabilidade é um dos critérios orientadores da tarefa de individualização da pena).<sup>21</sup>

O fundamento da culpabilidade, conforme doutrina da escola clássica, reside no livre arbítrio.

Para os clássicos, a noção de livre arbítrio corresponde à liberdade de querer. Segundo Francesco Carrara, maior expoente da escola clássica, trata de uma vontade inteligente e livre para fundamentar a punição como fruto da violação do direito penal.<sup>22</sup>

Por conseguinte, a culpabilidade é constituída pela capacidade do homem de se decidir livre e corretamente entre o direito e o injusto, tendo em linha de consideração a maior ou menor evitabilidade da determinação de uma conduta contrária ao direito, considerando-se os elementos da culpabilidade, a saber: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa.

Como consequência, da maior ou menor evitabilidade da conduta ilícita praticada pelo agente:

---

<sup>21</sup> Como ressalta Oswaldo Henrique Duek Marques, a culpabilidade ao estabelecer limite para pena, afasta a noção tradicional do de que “ao mal do crime” deve corresponder “ao mal da pena”, estabelecendo limite ao retributivismo tradicional, sem confundir-se com este. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, *Os fins da pena no código penal brasileiro*, p. 167.

<sup>22</sup> MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, *Fundamentos da Pena*, p. 101.

1. Maior evitabilidade: aplicação de uma pena, já que presentes os elementos da culpabilidade: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

2. Menor evitabilidade: exculpação da culpabilidade, pela ocorrência de uma das seguintes circunstâncias: inimputabilidade; erro de proibição inevitável; coação moral irresistível ou obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal.

3. Média evitabilidade: exculpação diminuída da culpabilidade, pela existência de uma das seguintes circunstâncias: semi-imputabilidade; erro de proibição evitável; coação moral resistível ou obediência hierárquica a ordem manifestamente ilegal.

Isto posto, a culpabilidade impede a punição do menor e do doente mental, já que excluídos do processo de escolha, pois incapazes.

Também impede a punição, nos seguintes casos:

- erro de proibição, pois não era possível ao agente atingir a consciência da ilicitude, logo, não tinha condições de proceder de forma diversa;
- inexigibilidade de conduta diversa, por não ser possível exigir comportamento diverso ao adotado pelo agente.

Conforme as teorias normativas, a apuração da culpabilidade se dá através de um juízo de seus elementos (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), examinando se o fato típico e antijurídico pode ser atribuído ao agente.

A culpabilidade implica no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pois a apuração do conteúdo material da culpabilidade resulta na análise da conduta de acordo com a realidade social, bem como, na aplicação da pena justa, o que atende aos direitos humanos.

O princípio da culpabilidade significa a proibição de excesso.

#### **1.4.5. Ponderação humanística do direito (proporcionalidade)**

A proporcionalidade está ligada intimamente à resposta penal do Estado, por conseguinte, também constitui corolário do princípio da proibição de excesso, que corresponde ao garantismo penal na sua forma clássica quanto aos direitos humanos de 1ª dimensão (garantismo negativo).

Com o reconhecimento de novas dimensões para os direitos humanos (direitos humanos de 2ª e 3ª dimensão), tornou-se necessária uma postura positiva do Estado e da sociedade para assegurá-los (garantismo positivo). No entanto, tendo em vista o princípio do não retrocesso, é vedado retroagir a períodos anteriores àquele das conquistas fundamentais irrenunciáveis.

Como, então, deveria a Justiça Pública intervir na vida do cidadão para assegurar os direitos humanos em todas as dimensões?

A medida está na ponderação humanística do direito (proporcionalidade), cujos fundamentos estão baseados no denominado

controle de excesso, vez que a intervenção do Estado deve ser pautada numa relação adequada entre meios empregados e fins perseguidos.

A guisa de exemplificação, apesar do direito penal para cumprir com sua finalidade estipular como sanção a pena, o juiz não poderá aplicar uma pena cruel ao condenado pois nossa Constituição Federal consagrou os direitos humanos em todas as dimensões.<sup>23</sup> Assim, a aplicação de uma pena somente será legítima se conformada com os direitos humanos.

*“A proporcionalidade aplica-se às leis naturais por ser imperativa. Depreende-se a noção de proporcionalidade do direito natural, quando os homens ao deixarem o estado da natureza se uniram, antes da constituição da Sociedade Civil e formação do Estado, estabelecendo um contrato entre si, que para atender a todos, deve ser: pacífico, harmônico e igualitário”.*<sup>24</sup>

A Constituição Federal Brasileira não positivou a proporcionalidade, mas ainda assim ela existe, por se tratar de um princípio natural que decorre do próprio direito que é uma proporção real e pessoal de homem para homem, que deve ser mantida, a fim de assegurar uma convivência pacífica em sociedade.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prescreve no seu artigo 5º, inciso XLVII – não haverá penas: e) cruéis.

<sup>24</sup> SAYEG, Ricardo Hasson, *Tese de livre docência em direito econômico depositada na PUC-SP*, p. 166/167.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 166.

## 1.5. Evolução do princípio

No século XVIII, período humanitário das idéias iluministas, Beccaria defendia que as penas e sua aplicação devem ser proporcionais ao delito praticado, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo dos culpados; que crimes que atingem desigualmente a sociedade não podem receber o mesmo castigo.<sup>26</sup> O Estado de Direito foi concebido orientado pela proporcionalidade como forma de estabelecer um equilíbrio entre as liberdades individuais e os atos praticados pelo Estado, com preocupação formal em assegurar, mas não garantir, a consecução dos fins (supremacia das leis).

Sob a concepção do Estado Democrático de Direito, vigora o princípio da constitucionalidade no sentido da lei ter de se submeter à Constituição que consagrou os direitos fundamentais, com alta carga valorativa, devendo o Estado, sob o compromisso da fraternidade, concretizar os direitos humanos em todas as dimensões.

Como ressalta Willis Santiago Guerra Filho, o Estado Democrático de Direito traz a democracia com seus valores que complementam os valores do Estado de Direito. *“O Estado de Direito, portanto, atende primordialmente às exigências de legalidade, enquanto a democracia é um princípio de legitimidade, tendo aquela um caráter formal, cujo conteúdo é preenchido por este último”*, que procura estabelecer valores reais para todos os cidadãos,

---

<sup>26</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, *Dos delitos e das penas*, p. 47.



sujeito de direitos, e não mero objeto para realização de valores como liberdade, segurança, etc.<sup>27</sup>

Portanto, a aplicação do princípio natural da proporcionalidade é inerente ao modelo democrático a fim de compatibilizar os direitos humanos em todas as dimensões, funcionando como verdadeiro guardião do sistema jurídico para dar efetividade aos direitos fundamentais.

Ora, o direito deve ser proporcional para poder servir à sociedade e não exclusivamente ao homem como ser individual, sendo que, já na antiguidade, Aristóteles dizia que o conceito de justiça equivale ao meio termo, logo, proporcional equivale a ser igual.

Para a doutrina humanista fundada nos conceitos do cristianismo o qual prega que mais do que iguais, todos os Homens são irmãos, a proporcionalidade deve ser fixada pela fraternidade que conforma todo o sistema jurídico, com vistas à dignidade do Homem e de todos os Homens.<sup>28</sup>

Portanto, o Homem não é apenas responsável pelo bem individual, mas também pelo bem coletivo, funcionando a proporcionalidade como princípio vetor para solucionar a coalizão de valores em prol do bem comum.

Como anota Mauricio Antonio Ribeiro Lopes:

---

<sup>27</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Teoria Processual da Constituição*, p. 155/158.

<sup>28</sup> SAYEG, Ricardo Hasson, *Tese de livre docência em direito econômico depositada na PUC-SP*, p. 60.

*“os direitos fundamentais e a democracia estão implicados em relação de condicionamento mútuo: a democracia pressupõe liberdade individual protegida juridicamente para todos.”<sup>29</sup>*

### **1.6. Proibição de excesso (garantismo negativo). Proibição da proteção insuficiente (garantismo positivo)<sup>30</sup>**

O princípio da proporcionalidade se desdobra em duas vertentes, a saber: a) proibição de excesso; b) proibição da proteção insuficiente.

A proibição de excesso assume uma concepção garantista negativa no sentido de que o cidadão detém garantias para assegurar os direitos fundamentais.

Sob uma perspectiva garantista positiva, o Estado deve proteger o cidadão, resguardando seus direitos fundamentais contra ataque de outros cidadãos, *“devendo, adotar uma postura positiva em favor do bem comum, para dar satisfatividade aos direitos humanos”*.<sup>31</sup>

Nesse diapasão, constitui o princípio da proporcionalidade o ponto-de-equilíbrio, um ajuste entre os direitos individuais e os direitos da coletividade

---

<sup>29</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro, *O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico*, p. 285.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*.

<sup>31</sup> SAYEG, Ricardo Hasson, *ob. cit.*, p. 46.

assegurados constitucionalmente, quando estabelece uma ponderação humanística do direito em prol do bem comum.

A ponderação humanística deve ser levada em consideração na criação legislativa no que diz respeito às relações de meio e fins do Estado e na aplicação da lei pelo Juiz.

Neste exercício mental de ponderação, deverão concorrer os três elementos da proporcionalidade: adequação (meio escolhido com a finalidade a que se pretende), necessidade (meio necessário é o menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em confronto).

### **1.7. Ponderação humanística no direito penal**

O Estado num modelo democrático deve adotar uma postura ética que se consubstancia no profundo respeito aos direitos humanos, devendo cumprir com seu papel de protegê-los para assegurar a paz social.

E o direito penal tem como finalidade proteger os direitos humanos em todas as dimensões<sup>32</sup>, de forma que não apenas protege o cidadão frente ao Estado, mas protege-o através do Estado, inclusive por meio do direito

---

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, p. 132.

punitivo, uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais tutelados contra ataques de outros cidadãos.<sup>33</sup>

Assim, observado o princípio da *ultima ratio*, o direito penal também deve proteger os bens difusos e coletivos (direitos humanos de 3ª dimensão) contra ataques intoleráveis de uma nova forma de criminalidade, crescente e que desestabiliza a sociedade, a criminalidade globalizada.<sup>34</sup>

Portanto, reconhecida a necessidade da proteção penal do bem fundamental meta-individual, é de se verificar a coexistência simultânea de valores individuais e coletivos, os quais o direito penal terá de lidar para assegurar uma resposta penal efetiva com vistas à pacificação social.

A resposta penal, entretanto, deve ser proporcional. Aliás, a proporcionalidade é algo que se faz notar, sensivelmente, nos princípios comezinhos de direito penal e, através dela, é possível estabelecer à medida que melhor atende os fins democráticos.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes verifica a incidência da proporcionalidade no direito penal:<sup>35</sup>

- *na sanção aplicada.*

- *na adequação típica das condutas às normas abstratas.*

---

<sup>33</sup> STRECK, Lênio Luiz, *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)*, Jus Navegandi.

<sup>34</sup> A esse respeito vide Capítulo II – Bem Jurídico-Penal.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, p. 285.

Quanto à sanção prescrita, a proporcionalidade obriga o legislador a ponderar a gravidade da ação típica com relação ao bem jurídico protegido e às conseqüências do delito perante o corpo social.

A resposta penal é proporcional à importância do bem jurídico, i.e., não se pode punir com penas leves ações que são reprovadas mais intensamente pelo corpo social.

Roxin<sup>36</sup> partiu dos fins da pena, para estabelecer a legitimidade do direito de punir do Estado e a criação de uma nova dogmática jurídico-penal que atenda à política-criminal.

Dessa forma, tendo em vista os elementos da proporcionalidade, a pena deve ser a necessária para proteção do bem fundamental, além de adequada para que o direito penal cumpra sua finalidade de prevenção geral e especial positiva.

Sob a perspectiva da tipicidade, devem-se criar tipos penais que possam proteger o bem jurídico de forma eficaz, levando em consideração os caracteres de cada grupo social.

Os caracteres da criminalidade globalizada que decorre de uma sociedade de risco<sup>37</sup> são diversos dos da criminalidade tradicional, de forma que para assegurar o ideal democrático do bem comum, o tratamento dispensado deve ser diferenciado, procedendo com uma ponderação

---

<sup>36</sup> É o que se depreende na obra Problemas fundamentais de direito penal; tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz (Textos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII); Maria Fernanda Paula (Texto IX); Ana Isabel de Figueiredo (Texto X). Vega, 3ª edição.

<sup>37</sup> A esse respeito vide Capítulo III – item 3.3. Características da sociedade de risco.

humanística entre o meio restritivo e o fim desejado, para assegurar a tutela do bem jurídico fundamental supra-individual.

É necessário advertir, que na construção do tipo penal, o legislador deve observar os princípios decorrentes do garantismo negativo e que foram recepcionados pela Carta Federal de 1988, consubstanciados na *ultima ratio*, legalidade e ofensividade.

À guisa da construção do tipo penal efetivo na proteção do bem jurídico meta-individual, o legislador deve trabalhar com o novo paradigma do risco e considerar as características que decorrem da criminalidade globalizada, ressaltando que a conduta, em respeito à legalidade, deve observar uma descrição razoável, já que uma descrição genérica significa o mesmo que inexistir qualquer descrição.

Portanto, não restam violados e nunca serão superados os direitos fundamentais, mas é preciso que o Estado diante dos valores em conflito: *status libertatis positivus* e *status libertatis negativus*,<sup>38</sup> proceda com a ponderação humanística do direito, com observância dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para assegurar o bem comum.

O princípio da proporcionalidade constitui pressuposto do Estado Democrático de Direito<sup>39</sup> que é pautado por uma série de valores, os quais

---

<sup>38</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*.

<sup>39</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Teoria Processual da Constituição*, p. 158/159.

devem ser harmonizados com vistas à paz social e, por conseguinte, assegurando os fins do direito penal.

Como ressalta Willis Santiago Guerra Filho, é própria de um Estado Democrático de Direito a idéia de um valor maior (ou princípio maior) para dirimir conflitos de valores para que o Estado atinja sua finalidade, e a melhor forma de conciliá-los é através da proporcionalidade. Daí a expressão: “princípio dos princípios”, criada pelo eminente doutrinador. Portanto, a proporcionalidade não é algo que possa estar expresso, mas implícito, uma vez que sua aplicação quanto à opção de valores não anula o valor preterido, cuidando apenas de eleger um valor em detrimento de outro no caso concreto<sup>40</sup>, com a ressalva de que o:

*“princípio preterido deve ser desrespeitado o mínimo possível e jamais lhe faltando totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’, onde se acha estipulada a dignidade humana”.*<sup>41</sup>

A nossa Constituição Federal prega uma igualdade-proporcional, de tal sorte que é perfeitamente admissível a implantação de novos mecanismos que fogem do tradicional para combater a criminalidade globalizada, até porque, cuida de tratar os desiguais na medida da sua desigualdade na proteção dos bens fundamentais supra-individuais.

---

<sup>40</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Teoria Processual da Constituição*, p. 151/162.

<sup>41</sup> Fábio Ramazzini Bechara, *Criminalidade Organizada e Procedimento Diferenciado: entre Eficiência e Garantismo*, in *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*. COSTA, José de Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação), p. 926. Cftb. GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito in Direito Constitucional/Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 269.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade mostra-se útil no combate à criminalidade globalizada, que merece tratamento proporcional ao seu poderio extremamente nocivo à sociedade.

Portanto, a proporcionalidade ou ponderação humanística do direito consiste em princípio fundamental na satisfatividade dos direitos humanos em todas as dimensões, surgindo como ponto-de-equilíbrio na consecução de fins constitucionalmente legítimos em prol do bem comum.



## CAPÍTULO II - BEM JURÍDICO PENAL

### **2.1. Proteção jurídico-penal: interesse individual, público e meta-individual (difusos e coletivos)**

A concepção quanto à tutela penal evoluiu tendo em vista os diversos momentos históricos.

Sintetizando análise cronológica feita por Luiz Regis Prado acerca da evolução da tutela penal: nas épocas pretéritas, o delito aparece contemplado em uma dimensão teológica ou privada; já no período iluminista, sob os auspícios do contratualismo, busca-se assegurar os bens individuais contra arbitrariedades; posteriormente, o delito passou a ser concebido como violação de um direito subjetivo; o conceito de direito subjetivo foi substituído pelo de bem jurídico-penal por Birnbaum (1843), precursor da doutrina do bem jurídico, que dentro de uma nova concepção de Estado, procura limitar o legislador penal na criação dos tipos penais, o que traz reflexos importantes na teoria geral do delito.<sup>42</sup>

Várias são as teorias sobre o bem jurídico, veja-se:

Karl Bindig atribuiu ao bem jurídico um caráter fragmentário, seletista, de acordo com os bens eleitos pelo legislador (é criação do legislador) e não

---

<sup>42</sup> PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 27/32.

sujeitando à tutela penal qualquer bem, ressaltando que a norma cria o bem jurídico.

Assim, sob uma concepção lógico-normativa, Binding, entendeu o bem jurídico como uma vinculação prática das normas penais.

Contrariamente à visão formalista de Binding, Liszt filiado ao positivismo naturalista, traz uma dimensão material na análise do crime e do bem jurídico, ressaltando que:

*“a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra, já que o interesse quem cria é a vida, mas a proteção do direito eleva o interesse vital a bem jurídico”.*<sup>43</sup>

De se destacar, à luz do direito natural, que os bens fundamentais por serem inerentes à dignidade da pessoa humana, sequer precisariam ser positivados, e, ainda assim, receberiam a proteção penal.

Welzel agregou ao bem jurídico uma carga de valor, atribuindo à noção de ordem social. Nesse sentido, define o bem jurídico como *“todo estado social pretendido que o direito deseja assegurar contra lesões”*.<sup>44</sup>

Assim, para Welzel, a missão do direito penal consiste em proteger os valores ético-sociais que se consubstanciam em elementares da conduta, para somente depois, amparar os bens jurídicos.

Na linha de seu pensamento, aduz que nem poderia ser de outro modo, já que o direito penal não tem como proteger de forma presente o bem

---

<sup>43</sup> PRADO, Luiz Regis, *op. cit.*, p. 35/36.

<sup>44</sup> WELZEL, Hans, *Direito Penal*, p. 32.

jurídico, pois chega tarde demais, logo, sua missão consiste em assegurar a real observância dos valores, tais como o respeito pela vida alheia, liberdade, propriedade, e assim por diante.

“Com isso, obtém, por um lado, um amplo e duradouro amparo dos bens, e por outro, limita as formas de acometimento ético-socialmente reprováveis”.<sup>45</sup>

Apesar das severas críticas de diversos doutrinadores quanto à tutela do direito penal de condutas ético-sociais proposta por Welzel<sup>46</sup>, o que importa destacar é que o seu pensamento quanto à carga valorativa que deve nortear as condutas constitui verdadeiro marco divisor, pois, em termos atuais, significa dizer que o direito acompanha a sociedade e deve refletir o pensamento do corpo social a cada evolução, o que denota o seu dinamismo em adequar-se às novas realidades.

Assim, reconhecendo a carga valorativa que deve nortear o direito, mas com a ressalva de que o direito penal, com observância da *ultima ratio*, deve limitar-se à proteção dos direitos humanos, pode-se definir bem jurídico

---

<sup>45</sup> WELZEL, Hans, *op. cit.*, p. 33.

<sup>46</sup> BIANCHINI, Alice, *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, p. 33/34. Anota a autora, que o conceito material de crime sob a concepção de valores morais-sociais proposto por Welzel, deveu-se a passagem do Estado de direito formal ao Estado material de direito, e observa a crítica da doutrina, citando Figueiredo Dias, para quem não é função do direito penal tutelar a virtude ou a moral, até pelo seu caráter fragmentário. Entretanto, partilhando do entendimento de Mir Puig, entende Alice Bianchini ser perfeitamente possível a criminalização de condutas cujo conteúdo seja eminentemente moral, mas a conduta terá que ofender valores que à luz da Constituição se possam considerar essenciais. Assim, a tutela do pudor, atualmente, não terá diretamente a ver com a tutela da moralidade, mas com a da liberdade e com a reserva dos componentes sexuais. E ainda, Hassemer, defende a existência de um dano social como pressuposto da punibilidade e limitador do poder punitivo à proteção de bens jurídicos, de forma que somente poderia constituir um injusto penal uma conduta que ofenda alguém, o que não diz respeito às condutas éticas ou morais em que não se lesiona interesse de outros homens. HASSEMER, Winfried, *Introdução aos fundamentos de direito penal*, p. 56.

penal, segundo Luiz Regis Prado, como um dado ou valor social, mas não um dado qualquer, e sim um que seja essencial para a coexistência e desenvolvimento do homem em sociedade.<sup>47</sup>

Por ser o bem jurídico um valor, anota Regis Prado, é e existe, constituindo um ser real, por conseguinte, não é apenas objeto de referência, mas também de preferência, a denotar sua função de garantia como limitador do poder de punir do Estado.

O direito penal deve proteger o bem jurídico fundamental, com observância da garantia da *ultima ratio*, sendo que a partir do bem jurídico tutelado se delimita o tipo penal.

É missão do direito penal proteger os bens jurídicos fundamentais<sup>48</sup> que equivalem aos direitos humanos de 2ª e 3ª dimensão, mas sendo subsistema primário da tutela dos interesses individuais, também respeita a 1ª dimensão.

Em sentido contrário, ressalte-se doutrina de Jakobs citado por Antonio Luís Chaves Camargo, para quem a missão do direito penal é garantir a identidade social, afastando qualquer possibilidade do Direito Penal proteger bens jurídicos que, devido ao crescimento tecnológico, estão expostos

---

<sup>47</sup> PRADO, Luis Regis, *op. cit.*, p. 52.

<sup>48</sup> Renato de Mello Jorge Silveira explica que, na atualidade, o bem jurídico constitui elemento básico da missão ou função do direito penal. As expressões (missão/função) são empregadas no mesmo sentido, entretanto, a idéia de missão é mais freqüente entre a doutrina alemã, enquanto que a de função entre autores principalmente espanhóis (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, p. 29).

constantemente ao perigo.<sup>49</sup> Decorrência do seu pensamento é que a noção de bem jurídico encontra-se na vigência da norma enquanto objeto da tutela.

Assim, numa concepção moderna sobre a noção de bem jurídico, contrapõe-se a teoria funcionalista radical de Jakobs com a teoria constitucionalista adotada por Luiz Regis Prado e que se coaduna perfeitamente com o modelo democrático de direito, ao contrário da teoria pregada por Jakobs.

Na teoria de Jakobs, segundo crítica de Regis Prado:

*“há uma erosão do conteúdo liberal do bem jurídico, o que pode dificultar a limitação do jus puniendi estatal, já que inexistente a função garantia do bem jurídico assegurada pela teoria constitucionalista. Trata-se de uma construção formalista, vazia de conteúdo, que pode ser incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito”.*

Isto posto, o bem jurídico penal corresponde aos valores fundamentais, que são os direitos humanos, para coexistência do homem em sociedade, desempenhando função de garantia e de interpretação das normas incriminadoras que são criadas para proteção efetiva do bem jurídico, o que atende aos fins do Estado Democrático de Direito. Do contrário, estar-se-ia abrindo margem para uma maior ingerência do Estado na elaboração de normas incriminadoras, o que daria azo ao cometimento de arbitrariedades.

A problemática atual com reflexos sobre o bem jurídico envolve a sociedade de risco e seus novos interesses. Silva Sánchez, tendo em vista os

---

<sup>49</sup> CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 84.

novos interesses, reconhece ser inevitável uma expansão do direito penal, conquanto seja uma expansão moderada, sendo limitada a via penal somente quando o valor social é fundamental para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade.

Dessa forma, para os que defendem uma expansão do direito penal diante dos novos interesses (incluindo este candidato que segue esta orientação), tal expansão deve limitar-se aos bens considerados fundamentais para coexistência humana em sociedade, os quais correspondem aos direitos humanos em todas as dimensões.

Nesse sentido, anota Renato de Mello Jorge Silveira:

*“Roxin percebendo a impossibilidade de limitação do direito penal a bens jurídicos individuais assegura a presença de bens da comunidade, também merecedores de proteção. Assim, entendendo que o conceito material do delito deva ser prévio ao Código Penal, com base na Constituição, pugna por certos pressupostos imprescindíveis para vida em comum, sendo entendidos, estes, como bens a serem protegidos pelo Estado.”<sup>50</sup>*

Roxin parte da Constituição, porém dentro de uma concepção moderna de Estado Democrático e Social de Direito, assegurando uma vida de paz em sociedade, a partir da proteção de valores essenciais, o que inclui bens jurídicos meta-individuais. Assim, assinala que:

*“o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto,*

---

<sup>50</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, p. 52.

*o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo”.*<sup>51</sup>

O Estado, observada a garantia da *ultima ratio*, não pode abrir mão do direito penal para garantir a proteção dos direitos humanos em todas as dimensões.

## **2.2. Bem jurídico meta-individual**

Interesses difusos ou coletivos são interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias do fato.<sup>52</sup>

Cuidam os interesses difusos e coletivos de direitos de 3ª dimensão ou geração. O pensamento deixa de ser individual e passa a ser considerado gênero humano. Trata-se de espécies do gênero meta-individual ou universal. Ressalte-se que a expressão supra-individual utilizada por vários doutrinadores para se referir aos direitos humanos de 3ª dimensão não parece a mais adequada, vez que passa uma idéia de superioridade em relação as outras dimensões de direitos humanos, quando é cediço que não há hierarquia entre direitos fundamentais.

---

<sup>51</sup> ROXIN, Claus, *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 76.

<sup>52</sup> CDC, artigo 81, parágrafo único, inciso I.

A sociedade moderna passou a enxergar a importância dos interesses difusos e coletivos para atingir os valores “vida”, “liberdade”, dentro de uma existência plena.

Assim, o sistema de direitos humanos passou a compreender os direitos individuais, públicos e meta-individuais.

Renato de Mello Jorge Silveira concorda com a doutrina brasileira quando considera “*bens supra-individuais e difusos, senão por sinônimos, mas como complementares dos interesses coletivos*”. Como reforço do seu entendimento, explica que:

*“a distinção quanto às pessoas, determinadas e indeterminadas, de um certo grupo perde a razão de ser, pois, ainda que dentro de uma massa indistinta, para configurar a lesão ou probabilidade de lesão a um bem jurídico penalmente protegido, devem ser identificados alguns agentes”.*

Por outro lado, para melhor desenvolvimento científico, precipuamente quanto à abrangência dos interesses difusos, faz distinção, entre interesses coletivos e difusos, com aporte nos ensinamentos da professora Ada Pellegrini Grinover:

*“de modo geral, tratam-se de interesses metaindividuais. Entretanto, enquanto os interesses coletivos referem-se a direitos de uma coletividade de pessoas interagindo apenas entre si (sociedade comercial, o condomínio, a família, dão margem ao surgimento de interesses comuns, nascidos em função da relação-base que congrega seus componentes, mas não confundindo com seus interesses individuais), os interesses difusos, como explica*



*Ada Grinover, compreendem interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, tendo seu vínculo entre pessoas a fatores conjunturais genéricos, a dados acidentais e mutáveis (habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições econômicas).<sup>53</sup>*

Com os avanços de ordem tecnológica, o homem percebeu que precisa ser protegido nas relações de consumo, na sua integração com o meio ambiente, pois passou a reconhecer a sua escassez. Dessa forma, as modernas Constituições passaram a declarar os interesses difusos e coletivos como direito fundamental, tendo positivado os direitos humanos de 3ª dimensão – pois imprescindíveis para satisfazer as necessidades humanas.

Nesse diapasão, a Constituição Federal Brasileira de 1988 declarou os interesses difusos e coletivos como direito fundamental do ser humano, estando inserido no sistema de direitos fundamentais, dentre outros Títulos, nos Títulos II, VII e VIII da Carta Federal, compreendendo os individuais, coletivos, sociais e culturais.

Assim, tendo sido os interesses difusos e coletivos equiparados aos direitos fundamentais, devem ser analisados, como anota Fabíola Emilin Rodrigues, juntamente com valores como dignidade, liberdade, igualdade e justiça constantes nos preâmbulos dos artigos 1º e 5º da Carta Magna, ganhando, por sua vez, relevância econômica e social.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, p. 58/59.

<sup>54</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. & COSTA, José de Faria (coordenadores), *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*, p. 966.

De se destacar que os bens jurídicos difusos não ensejam necessariamente a proteção penal, mas somente como condição de preservação da vida humana. São os limites estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito ao exercício do *jus puniendi* em vista dos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal que decorrem da dignidade da pessoa humana.

### **2.3. Bem jurídico como limitador ao poder de punir do Estado (função garantia)<sup>55</sup>**

O bem jurídico limita o poder de punir do Estado. Assim, para que o Estado tenha legitimidade para o exercício do poder de punir num Estado Democrático de Direito, deve observar pressupostos materiais mínimos da tutela penal.

Por conseguinte, na análise material para elaboração do bem jurídico, deve-se levar em consideração o momento histórico, político e social vivido pela sociedade, para selecionar os bens de interesse jurídico-penal, incluindo-se além daqueles já reconhecidos fundamentais, novas categorias de bens que passam a ser de fundamental importância, citando Alice Bianchini: a

---

<sup>55</sup> PRADO, Luis Regis, *op. cit.*, p. 60/61, enumera quatro funções para o bem jurídico: 1. função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado; 2. função teleológica ou interpretativa; 3. função individualizadora; 4. função sistemática.

economia, o meio ambiente, alimentos, medicamentos, valores em evidência, de acordo com o momento vivenciado pela sociedade.<sup>56</sup> É o que norteia a noção de bem jurídico.

É claro que sob uma concepção de um minimalismo penal decorrente de um Estado Democrático de Direito, a criminalização deve ser orientada com observância dos pressupostos materiais mínimos da tutela penal, mas é preciso assegurar que o direito penal cumpra seu papel constitucional de proteger os direitos fundamentais meta-individuais, sendo necessário para tanto, assegurar a dignidade da tutela penal que deve se adequar às novas realidades decorrentes de uma sociedade de risco.

Neste contexto social de valores, como anota Claudio José Langroiva Pereira:

*“não mais subsistem apenas interesses determinados, individuados, mas, sob uma ótica social moderna, também interesses universais, em que lesão ou perigo de lesão colocam em perigo o próprio bem jurídico, segundo uma indeterminação de vítimas.”<sup>57</sup>*

Daí resulta que o direito penal para garantir a proteção dos bens jurídicos meta-individuais:

*1. deve ser chamado a intervir diante dos novos interesses quando estiver em risco a preservação do ser humano.*

---

<sup>56</sup> BIANCHINI, Alice, *op. cit.*, p. 38.

<sup>57</sup> PEREIRA, Claudio José Langroiva, *op. cit.*, p. 79.

O direito penal é fragmentário e subsidiário, mas é preciso reconhecer que na elaboração do bem jurídico deve-se levar em consideração a dinâmica e discussão na base social.

É sensível que os bens jurídicos meta-individuais passaram a incidir diretamente na vida em sociedade, sendo que, sempre que houver risco à preservação da espécie humana, o direito penal deve intervir para assegurar a coexistência do homem em sociedade. Na Constituição Federal residem todos os princípios orientadores do direito penal e da política criminal.

Para seleção dos bens de interesse jurídico-penal devem ser eleitos aqueles considerados constitucionalmente como fundamentais para a vida em sociedade, observado o princípio da intervenção mínima.

Nesse diapasão, o direito penal visa proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo somente no caso de ataques intoleráveis aos bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade (fragmentariedade) e quando os demais ramos do direito se mostraram ineficazes na proteção do bem jurídico (o Direito Penal é subsidiário).

Assim, com os avanços tecnológicos, outros bens que não eram de interesse jurídico penal passaram a receber a proteção penal, já que os outros ramos do direito se mostraram ineficazes na proteção dos denominados bens jurídicos meta-individuais que correspondem aos direitos humanos de 3ª dimensão.

*2. o direito penal deve ser dotado de novos mecanismos que tragam efetividade para cumprir sua finalidade de pacificação social.*

É preciso dar efetividade ao direito penal para atingir sua finalidade de pacificação social, de tal sorte que não se pode conceber um direito penal simbólico na proteção dos bens jurídicos essenciais para vida em sociedade.

Ademais, a eficácia é requisito que legitima a tutela penal. Não se concebe a elaboração de uma norma penal ineficaz na proteção do bem jurídico-penal.

Aqui está o maior desafio do direito penal diante dos novos riscos, o de trazer clareza e delimitar o alcance das normas para proteção dos bens jurídicos meta-individuais.

O fenômeno da globalização acabou por trazer diversas conseqüências para o campo do direito penal, massificando os problemas e a configuração de uma sociedade de risco.

Sendo uma sociedade de risco, possui características peculiares, precipuamente, quanto aos perigos decorrentes dos riscos e seus agentes causadores.

Considerando os riscos trazidos por esta nova sociedade, como adverte Claudio José Langroiva Pereira, é exigível uma intervenção penal em fases prévias, antes da constituição da lesão, diante do perigo de algumas condutas

que trazem graves prejuízos para vida e saúde das pessoas, muitas vezes irreparáveis.<sup>58</sup>

Nesse sentido, diante dos novos interesses no âmbito jurídico-penal, para assegurar uma proteção eficaz ao bem jurídico, devem ser aplicados conceitos modernos ao direito penal que surtam efeitos a esta nova realidade, sob pena de se deparar com um direito penal simbólico, que não atinge a sua finalidade, e gera descrédito social.

Como anota o saudoso Antonio Luis Chaves Camargo<sup>59</sup>, constitui uma tendência moderna a elaboração de tipos penais de perigo abstrato e que exigem apenas a ação perigosa prescindindo de qualquer resultado naturalístico ou da causalidade no combate a esta nova criminalidade.<sup>60</sup>

A implantação de novos conceitos, não significa o abandono de garantias, veja-se:

A um, porque os novos interesses de ordem jurídico-penal são selecionados com observância à fragmentariedade e subsidiariedade;

A dois, porque o direito penal na elaboração dos tipos penais, muito embora trabalhe com a precaução, também atende as garantias constitucionais negativas, como a legalidade e ofensividade do bem jurídico.

Assim, na elaboração dos tipos penais, o Estado deve levar em consideração as características da criminalidade globalizada para assegurar

---

<sup>58</sup> É o que se depreende da obra *Proteção jurídico penal e direitos universais – tipo, tipicidade e bem jurídico universal* – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

<sup>59</sup> CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*.

<sup>60</sup> A esse respeito, a questão é analisada no Capítulo V, item 5.2.2.

efetividade ao direito penal na consecução de seus fins, inclusive, lançando mão de tipos penais de perigo, o que está a exigir do legislador, uma descrição razoável, já que uma descrição genérica significa o mesmo que inexistir qualquer descrição, violando a garantia da legalidade.

As formas de criminalidade num mundo globalizado estão em constante processo evolutivo, especialmente, quando aliadas à informática como anota o doutrinador Paulo Silva Fernandes<sup>61</sup>, sendo sensível que o direito penal clássico é inadequado para reprimir a moderna criminalidade, o que enseja a necessidade de sua adequação com novos conceitos, entretanto, com estrita observância das garantias fundamentais, conquistas irrenunciáveis da humanidade (princípio da proibição de retrocesso).

É preciso dotar o direito penal de mecanismos (respeitando garantias fundamentais) que levem em consideração os caracteres da criminalidade globalizada<sup>62</sup>, que não são os mesmos da tradicional, para que possa cumprir sua missão de proteger os bens jurídicos fundamentais que são os direitos humanos.

Nesse diapasão, a tutela dos bens jurídicos meta-individuais deve ser diferenciada, o que não significa o abandono das garantias constitucionais negativas, mas de um ajuste com um garantismo positivo que exige do Estado uma postura mais ativa na proteção efetiva dos bens jurídicos indispensáveis

---

<sup>61</sup> FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal*, p. 39.

<sup>62</sup> A esse respeito, vide Capítulo III, item 3.2.

para a vida em sociedade, o que atende os direitos humanos no seu tríplice ideal de liberdade, igualdade e fraternidade.



## **CAPÍTULO III - A SOCIEDADE DE RISCO E HUMANISMO**

### **3.1. Capitalismo, globalização e a doutrina humanista**

A humanidade está em constante evolução.

O homem sempre procurou melhorar sua condição de vida, buscando novas tecnologias e impulsionando o desenvolvimento.

Dentre as transformações mais radicais sofridas pelas sociedades, cita-se a Revolução Industrial, que alterou de forma significativa a estrutura de produção, comercial e econômica, alterando, com isso, todas as relações sociais.

No entanto, as relações sociais ditadas pela indústria eram locais, circunscritas à determinada região, cidade ou, em alguns casos, ao País.

Não havia a prevalência de relações entre localidades diferentes, que envolvessem milhares, milhões de pessoas ao mesmo tempo.

A sociedade do pós-industrial se revela de enorme complexidade, eis que trouxe diversos avanços de ordem tecnológica, resultando num alargamento das relações sociais que passaram a abranger um maior número de pessoas, sendo responsável pela existência do fenômeno denominado globalização.

Globalização, segundo Paulo da Silva Fernandes, é:

*“um estreitamento (e aprofundamento) espacio-temporal de toda uma estrutura econômica, social, política e cultural, suportando uma densa, complexa e interligada rede de comunicações que, possibilitando-o, acelera ainda mais todo um processo de diluição (outra vez a figura do Leviatão nos assalta...) do uno no múltiplo, do ser-aí-diferente no ser-em-todo-lado-igual, de caldeirão onde se fundem diversidades culturais, econômicas, políticas e sociais, em consequência do qual cada vez menos se encontra um eu “genuíno”.*<sup>63</sup>

Como consequência do fenômeno da globalização, não há lugar seguro ou que não possa ser atingido pelas decisões humanas que passam a abranger todo o planeta.

A globalização acabou por trazer uma série de transformações no planeta, principalmente no cenário econômico mundial nas últimas décadas. As relações econômicas, com os impulsos tecnológicos, passaram a ser realizadas em frações de segundo, com transações exorbitantes sem a circulação de uma única moeda.

Crescem ainda grupos econômicos, as pessoas jurídicas internacionais, sendo que muitos desses grupos possuem ganhos superiores ao PIB de muitos países.

As relações econômicas de um mundo globalizado, portanto, tornaram-se mais complexas e de difícil controle, o que representa mais riscos. Como mola propulsora de um expansionismo econômico desenfreado

---

<sup>63</sup> FERNANDES, Paulo Silva. FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*, p. 41/42.

e selvagem, o sistema do capitalismo liberal, fundado exclusivamente na propriedade e movido pelo insaciável apetite de aumentar os lucros e ganhar mercados, trazendo graves conseqüências na aldeia global, precipuamente no aspecto social.

Essa forma de capitalismo selvagem baseada no individual é altamente nociva à sociedade, pois a humanidade passa a ter de viver com regras impostas pelo mercado individual, e ao mesmo tempo em que o indivíduo objetiva ganhos ilimitados, admite os desastres como conseqüência natural do desenvolvimento. Decorrencia do modelo liberal onde a interferência do Estado na via econômica é mínima, sobrepujando os interesses individuais sobre o coletivo.

Entretanto, diante dos riscos incalculáveis de um mundo globalizado, é preciso que haja mais responsabilidade, o que representa um controle maior do mercado, não valendo a máxima do capitalismo liberal da famosa mão invisível de Adam Smith, que assim propõe o *laissez-faire* – que, numa tradução livre, significa deixe-nos em paz.<sup>64</sup>

Nesse diapasão, diversos segmentos da sociedade propõem uma globalização responsável, um maior controle do Estado, principalmente diante

---

<sup>64</sup> SAYEG, Ricardo Hasson, O capitalismo humanista no Brasil *in* Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação), p. 1253.

da grave crise econômica mundial deflagrada no ano de 2.008. “Como disse o presidente da França, Nicolas Sarkozy, um capitalismo regulamentado”.<sup>65</sup>

Se não há regulamentação abre-se uma brecha para atividades ilícitas. Foi assim que ocorreu na ex-União Soviética no fim da guerra fria e início dos anos 90 quando se estabeleceu da noite para o dia um capitalismo sem regulamentação.

A desregulamentação do comércio não apenas fortaleceu os criminosos como enfraqueceu os que deveriam combatê-los. O constante avanço da tecnologia tornando as relações internacionais mais fáceis<sup>66</sup>, fez com que o comércio internacional crescesse e transformasse o globo em aldeia, mas com ele também globalizou a criminalidade. Nunca o crime organizado atravessou tantas fronteiras nem movimentou tanto dinheiro – 20% da economia mundial. “O Crime Companhia Limitada virou Crime Sociedade Anônima.”<sup>67</sup>

Portanto, reconhecendo a ruptura decorrente da globalização do Pós-Industrial na modernidade, Renato de Mello Jorge Silveira entende que o direito deve ser modificado a partir dos fenômenos da sociedade de risco e da

---

<sup>65</sup> SAYEG, Ricardo Hasson, *Tese de livre docência em direito econômico depositada na PUC-SP*, p. 27/28

<sup>66</sup> Paulo Silva Fernandes aponta a internet como meio tecnológico mais importante de transformação do globo em aldeia. FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*, p. 39.

<sup>67</sup> Revista Super Interessante, Edição 262 – fevereiro/2009, p. 45.

globalização, exigindo: a um, uma globalização responsável; a dois, novos instrumentos para lidar com a situação ora posta.<sup>68</sup>

A regulamentação do direito penal econômico, como de todo o direito, deve estar em conformidade com os direitos humanos, que sequer precisariam ser positivados, mas que foram plenamente recepcionados pela nossa Constituição Federal de 1988.

### **3.1.1 Constituição Federal e Capitalismo Humanista**

O limite de interferência do Estado na ordem econômica foi estipulado na Constituição Federal.

Analisando a política-criminal do sistema econômico da Constituição Federal Brasileira de 1.988, o ilustre doutrinador Ricardo Sayeg, sob enfoque humanista, defende uma economia social de mercado fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, a fim de que todos possam atingir uma existência digna.<sup>69</sup>

Ressalta, ainda, que isto não significa negar o capitalismo, mas adotar um novo modelo em que o princípio axiológico é baseado nos ideais da democracia, i.e., “baseado no ideal democrático de inclusão total da

---

<sup>68</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito penal econômico como direito penal de perigo*, p. 61/62.

<sup>69</sup> MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação), *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, p. 1260.

população” (o que não condiz com os ideais do capitalismo liberal e capitalismo do bem estar social como frisa).

Com isto, observa na regência jurídica da economia um neoliberalismo social de mercado, em que o Estado orienta a ordem econômica com diretrizes social positiva, cumprindo o seu papel do que Ricardo Sayeg denomina:

*“Estado Brasileiro de Fraternidade, que tem como função precípua garantir a todos do mínimo vital, pautado dentro de uma perspectiva de direitos humanos de primeira, segunda e terceira geração.”<sup>70</sup>*

Portanto, o direito terá de lidar com o novo paradigma do risco e sua atuação diante do interesse economia observará o modelo de Estado, o que implica numa maior ou menor interferência do Estado no valor economia de acordo com o modelo adotado e na técnica-formal das normas de proteção de acordo com as funções político-criminais de cada um dos modelos<sup>71</sup>, com a ressalva, entretanto, que seja qual for a política-criminal adotada, as normas jurídicas devem concretizar e satisfazer os direitos humanos em todas as dimensões.

Dessa forma a ordem econômica é um valor erigido à categoria fundamental, cujas normas de proteção devem guardar relação com o

---

<sup>70</sup> MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação), *ob. cit.*, p. 1261/1262.

<sup>71</sup> KALACHE, Maurício, *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, p. 394.

conteúdo do bem jurídico econômico e o paradigma do risco, conformadas pelos direitos humanos.

### **3.2. Sociedade de risco e a paz social**

Os avanços tecnológicos decorrentes da sociedade pós-industrial resultaram no que se denominou estabelecer sociedade de risco.

Trata-se de sociedade de objetiva insegurança já que os efeitos nocivos dela decorrentes são ainda desconhecidos e manifestar-se-ão anos depois da realização da conduta.

Nesse sentido, citando exemplo do sociólogo Ulrich Beck, quando trouxe o estudo do impacto do desenvolvimento da civilização tecnológica no ordenamento social, basta verificar que nem sequer nasceram todos os seres humanos afetados pelo desastre de Chernobyl.

Há a necessidade de se neutralizar os riscos. Assim, a preocupação não é mais apenas com as decisões humanas que geram os riscos, mas também com as decisões humanas que os distribuem.

No entanto, difícil é mensurar os efeitos das condutas que geram riscos: Quem causou? Como causou? Onde causou? A que ritmo?

*“Hoje, paradoxalmente, tudo acontece em todo lugar e, contudo, em lugar nenhum do planeta”.*<sup>72</sup>

Assim, tendo em vista a missão do direito penal de proteger os bens jurídico-fundamentais, não se pode excluir da proteção penal os bens fundamentais meta-individuais que condizem aos direitos humanos de 3ª dimensão para preservação do próprio gênero humanos.

Nesse diapasão, torna-se necessário adequar o direito penal para lidar com os riscos de um mundo globalizado, para cumprir, dentre as suas diversas finalidades de acordo com o bem protegido, a de assegurar a paz social na tutela dos bens meta-individuais.

### **3.3. Características da sociedade de risco**

São características da sociedade de risco diversas da sociedade tradicional<sup>73</sup>:

1. *glocalidade*, pois superando o crime o limite territorial dos Estados-Nações, é difícil detectar o lugar de sua ocorrência. Nesse sentido, anota Faria Costa citado por Alberto Silva Franco:

---

<sup>72</sup> FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Livraria Almedina – Coimbra: 2001, p. 42; 60/63

<sup>73</sup> FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*.



*“o tipo de criminalidade com a qual nos temos de debater tem a qualidade ou a característica de não ter locus delicti pelo menos na interpretação clássica que a dogmática nos dá de local de crime”.*<sup>74</sup>

2. *indetectabilidade e invisibilidade* dos novos riscos à percepção comum (invisibilidade social). É difícil uma detecção *ex ante* dos riscos, bem como dos agentes responsáveis, pois como bem observa Alberto Silva Franco, não decorrem de uma pessoa ou de um grupo determinado, o que dificulta a apreensão de atividades postas em prática e o reconhecimento de seus agentes.

Hassemer citado por Marco Antonio Marques da Silva, indica as seguintes características da criminalidade globalizada:

*“ausência de vítimas individuais, pois as vítimas são o Estado e as comunidades; pouca visibilidade dos danos causados, uma vez que o crime perde a tangibilidade e adquire outra estrutura; novo modus operandi, pois são agressões civis, havendo pouca agressividade e possuem um sistema de proteção de alta profissionalidade”.*<sup>75</sup>

Portanto, a sociedade de risco que decorre da globalização trouxe uma série de questões novas para o campo do direito penal.

Mas como deveria ser a postura do direito penal diante das incertezas de uma sociedade de risco que passa-se a vivenciar?

---

<sup>74</sup> PODVAL, Roberto (organizador), *op. cit.*, p. 262.

<sup>75</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 136.

Jesus Maria Silva Sánchez reconhece os novos interesses e a necessidade de expandir o direito penal, mas que seja uma expansão razoável (moderada), e não desarrazoada, observando os princípios da *ultima ratio*, fragmentariedade e subsidiariedade.

Nesse diapasão, cita o meio-ambiente (bem jurídico supra-individual), e explica que o meio ambiente não merece proteção penal como tal, mas somente enquanto condição necessária para o desenvolvimento da vida humana, o que atende a teoria do bem jurídico penal.

Portanto, considerado no estágio atual bem essencial para vida humana e reconhecida sua escassez (observado o princípio da *ultima ratio*), tornou-se necessária a proteção penal, ainda mais, tendo em vista que os outros ramos do direito se mostraram ineficazes para prevenir e conter as agressões contra o meio ambiente (observado o princípio da subsidiariedade). Não é diferente com relação à economia, a qual reflete diretamente na qualidade de vida das pessoas. Se a economia está saudável, melhora o bem estar social. Se a economia está doente, com maior pujança sobressaem as mazelas sociais.

A guisa de novos interesses meta-individuais e que necessitam da proteção penal para o bem estar da coletividade, cita-se: tráfico de entorpecentes, de pessoas, de órgãos, relações de informática, corrupção ativa e passiva, a espionagem industrial etc.

Dessa forma é que grande parte da doutrina (a doutrina é divergente), reconhece a necessidade de expandir o direito penal aos bens meta-

individuais, com a ressalva de ficar limitado aos casos extremos (o direito penal é fragmentário), ou quando outros ramos do direito se mostrarem ineficazes (o direito penal é subsidiário), o que atende a garantia do bem jurídico.

Outra parte da doutrina, no entanto, entende que o direito penal deve ficar restrito aos bens aplicáveis ao direito penal clássico, deixando para outros ramos do direito cuidar das questões afetas aos interesses difusos na sociedade de risco.

### **3.4. Limite de intervenção do direito penal e alternativas penais**

Sob o enfoque limite de intervenção do direito penal e alternativas penais diante da sociedade de risco, veja-se a proposta de cada uma das seguintes doutrinas especializadas: doutrina da Escola de Frankfurt de Hassemer; doutrina do direito penal de duas velocidades de Silva Sanchez; doutrina radical do direito penal do inimigo criada por Günther Jakobs; doutrina do garantismo penal de Ferrajoli que propõe um direito penal mínimo.

### 3.4.1. A Escola de Frankfurt – Direito de Intervenção

A Escola de Frankfurt, que tem em Winfried Hassemer o seu maior expoente, prega a existência de uma Terceira Via entre o Direito Penal Econômico e o Direito Administrativo Sancionador.

Segundo Hassemer, o direito penal deve permanecer com os bens individuais, quando então funciona; *“enfim direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de processo penal normal”*.<sup>76</sup>

Em contrapartida, quando possível a solução administrativo-econômica, não deve ser utilizado o Direito Penal; pelo contrário, deve ser chamado o Direito de Intervenção. *“Tal ramo do direito precisaria ser eficiente contra pessoas jurídicas, pois muitos dos problemas modernos envolvem grupos, instituições e organizações criminosas sociais. Esse campo do direito deve ser orientado pelo perigo, pela periclitación, e não pelo dano”*.

Segundo Hassemer, citado por Alberto Silva Franco:

*“Este direito de intervenção estaria situado entre o Direito Penal e o Direito sancionatório Administrativo, entre o Direito Civil e o Direito Público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferiores ao do Direito Penal, mas também com menos intensidade nas sanções que pudessem ser impostas ao indivíduo”*.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> MONNERAT, Carlos Fonseca, *Inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro em face da criminalidade moderna*, p. 47.

<sup>77</sup> PODVAL, Roberto (organizador), *Temas de direito penal econômico*, p. 270/271.

O Direito de Intervenção funcionaria como um Órgão Julgador Administrativo com finalidade repressora e ao mesmo tempo assecuratória de tutela:

*“conferindo aos integrantes do Órgão Julgador Administrativo as garantias de independência e estabilidade de vencimentos, inclusive com enunciação de período de quarentena, seus membros devem ser compostos por pessoas independentes dos Poderes Legislativo e Executivo, com prerrogativas próprias do Poder Judiciário, com mandatos que assegurem o mínimo de estabilidade para julgamento especializado e imparcial, pregando o Direito Administrativo Penal por um investimento não apenas estrutural mas, especialmente, pessoal, criando uma estrutura administrativo e econômica do quadro dos auxiliares dos julgadores, especializando-se no âmbito da seara administrativo-econômica, a representar uma tentativa de fortalecer a estrutura administrativa, sem a necessária burocracia hoje existente no Poder Judiciário, permitindo-se que em única instância recorra-se ao Poder Judiciário, nos moldes da Lei de Arbitragem.”<sup>78</sup>*

Ao analisar a Escola de Frankfurt, Paulo Silva Fernandes ressalta que caso admita-se um direito de intervenção situado entre o direito penal e o direito contravencional, além de inverter o princípio da subsidiariedade o qual não concorda, coloca sérios problemas a nível de um princípio de proporcionalidade<sup>79</sup>, principalmente porque estar-se-ia subtraindo da proteção penal condutas graves e ofensivas aos direitos humanos.

---

<sup>78</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da & COSTA, José de Faria (coordenadores), *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*, p. 611.

<sup>79</sup> FERNANDES, Paulo Silva, *op. cit.*, p. 78.

Ora, o direito penal não pode ser afastado da tutela dos bens jurídicos meta-individuais, direitos humanos de 3ª dimensão, como reconhece Claudio José Langroiva Pereira, entretanto, adverte que o âmbito de atuação do direito penal deve observar o princípio da subsidiariedade.<sup>80</sup>

O doutrinador Jesus Maria Silva Sánchez, afastando-se da criação desse Direito Penal da Intervenção sob o argumento de que num Estado Democrático de Direito e subserviente aos direitos fundamentais a pena privativa de liberdade não pode ser imposta pela Administração Pública como propõe o Direito Penal de Intervenção, apresenta duas velocidades para o Direito Penal, revelando preocupação com a flexibilização dos princípios de direito penal.

### **3.4.2. As duas velocidades do direito penal**

Silva Sánchez parte do pressuposto de que o Direito Penal, no interior de sua unidade substancial, contém dois grandes blocos, distintos, de ilícitos. O primeiro, das infrações penais as quais são cominadas penas de prisão, e, de outro lado, aquelas infrações que se vinculam a outras qualidades de pena.

Assim, tendo em linha de consideração a peculiaridade dos bens supra-individuais, Silva Sanchez defende uma dualidade do direito penal em duas velocidades a partir da consequência jurídica: sanção cominada.

---

<sup>80</sup> PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais – tipo, tipicidade e bem jurídico-penal*, p. 98.

Por Silva Sanchez, constituem as duas velocidades do direito penal:

*“Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal ‘da prisão’, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção”.*<sup>81</sup>

Sob o seu ponto de vista, o direito penal de primeira velocidade ou quando o crime comportar pena privativa de liberdade está a exigir o caráter garantista; ao passo que o direito penal de segunda velocidade ou quando a pena for alternativa, admite-se flexibilizar o direito penal, já que a liberdade não está em xeque.

Por via de consequência:

Quanto à primeira velocidade do direito penal, deve ser aplicado os conceitos do direito penal clássico às imputações também clássicas, aplicando-se a estas, todas as garantias conquistadas ao longo da evolução humana e, reservando-se às mesmas, a pena privativa de liberdade.

Sob a perspectiva do direito penal de segunda velocidade, tendo em vista a moderna sociedade de risco, seria possível uma flexibilização das regras e garantias individuais, tendo em vista a não sujeição à pena privativa de liberdade, a fim de que o direito penal possa atingir seu fim.

---

<sup>81</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria, *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 158.

Sobre o direito penal de duas velocidades, Paulo Silva Fernandes, observa que seria um contra-senso admitir dentro do próprio direito penal um modelo menos garantístico<sup>82</sup>, por ser este um modelo no mínimo desproporcional, já que submete condutas mais graves (os interesses são difusos) a um direito penal de segunda velocidade que não prevê a pena privativa de liberdade, e condutas menos graves (a maior parte dos interesses individuais) a um direito penal da prisão ou de primeira velocidade.

De se obter por fim, posicionamento de Alberto Silva Franco, que admite a flexibilização das regras e garantias individuais com aplicação de pena não privativa de liberdade somente quando não individualizada a conduta, logo, figurando como sujeito passivo da infração penal à pessoa jurídica<sup>83</sup>.

### **3.4.3. Direito penal do inimigo**

O alemão Günther Jakobs, catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, Alemanha, discípulo de Welzel, é um dos grandes juristas da atualidade no campo do direito penal, sendo o criador da teoria denominada direito penal do inimigo.

---

<sup>82</sup> Paulo Silva Fernandes explica que o direito penal de duas velocidades não é tão diferente do direito de intervenção proposto por Hassemer quanto à redução de garantias nas regras de imputação. Entretanto, este propõe uma redução de garantias fora do direito penal, enquanto Silva Sanchez propõe tal redução dentro do direito penal (FERNANDES, Paulo Silva, *op. cit.*, p. 79).

<sup>83</sup> PODVAL, Roberto (organizador), *Temas de direito penal econômico*, p. 275.



A teoria de Jakobs incide de acordo com a gravidade de certas condutas em função do *quantum* do benefício potencial. No grupo da criminalidade grave, classifica os delitos de traição, i.e., os casos de agentes movidos por motivos ideológicos, mas também os autores de crimes violentos e que atentam contra o Estado.<sup>84</sup>

Após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 que atingiram as cidades Americanas de Nova York e Washington, passou a ganhar força a citada teoria criada por Jakobs que, inclusive, tratou de se aprofundar ainda mais nos conceitos.

O pensamento de Günther Jakobs coloca em discussão a real efetividade do Direito Penal existente, pugnando pela flexibilização ou até mesmo a supressão de garantias materiais e processuais, conquistas da humanidade.

### **3.4.3.1 Conceito de inimigo**

Inimigo, conforme ressalta Cleber Rogério Masson, fazendo referência a Jakobs, “*é o indivíduo que afronta a estrutura do Estado*” e “*em assim agindo, demonstra não ser um cidadão e, por conseqüência, todas as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a ele aplicadas.*”

Em síntese:

---

<sup>84</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 28.

*“é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento ou em sua ocupação profissional ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização, vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta.”<sup>85</sup>*

A doutrina do direito penal do inimigo prega novos conceitos diversos dos conceitos tradicionais, com preocupação exclusiva em torno das normas vigentes e não conferindo qualquer *status* ao cidadão, destituído desta condição, já que rotulado de inimigo. Com isto, afasta-se do direito penal do fato e aproxima-se do direito penal do autor, com análise interpretativa subjetiva e prescindindo da exteriorização da conduta, sobre a pretensão do agente.

É de se ressaltar, como bem frisa Renato de Mello Jorge Silveira, que muito embora o direito penal do inimigo defenda a aplicação antecipada do direito penal, não se confunde com o direito penal do risco que respeita os direitos e garantias individuais, e que se funda, em última análise, nos novos riscos decorrentes de uma nova sociedade.<sup>86</sup>

É indiscutível que num modelo democrático, em que se respeitam direitos e garantias fundamentais e que tem como pedra-de-toque a dignidade da pessoa humana, a discussão seja infecunda, já que o direito penal do

---

<sup>85</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.), *Processo Penal e Garantias Constitucionais*, p. 142 e 143.

<sup>86</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito penal econômico como direito penal de perigo*, p. 47.

inimigo não encontra respaldo nas legislações contemporâneas que consagraram os direitos fundamentais.

Postas as bases doutrinárias, é de se verificar em cotejo com nossa Constituição Cidadã de 1988, que a doutrina do direito penal do inimigo não encontra o menor respaldo em nossa legislação pátria, precipuamente, tendo em vista a consagração da dignidade da pessoa humana.

Como ressalta Marco Antonio Marques da Silva, a dignidade decorre da própria natureza humana, o ser humano deve sempre ser tratado de modo diferenciado em face de sua natureza racional<sup>87</sup>. Assim, se a dignidade é algo inerente à condição humana, o ser humano não pode ser destituído desta condição.

#### **3.4.4. Direito penal mínimo (garantismo negativo)**

Direito penal mínimo é denominação atribuída por Luigi Ferrajoli ao se referir ao modelo garantista.

Enumera *in* sua obra dez axiomas, limites ou garantias contra o arbítrio ou erro penal, contrapondo-se ao modelo autoritário.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 1.

<sup>88</sup> Ferrajoli aponta 10 axiomas contra o arbítrio penal, a saber: A1. Nulla poena sine crimine (princípio da retributividade); A2. Nullun crimen sine lege (princípio da legalidade); A3. Nulla Lex (poenalis) sine necessitate (princípio da necessidade); A4. Nulla necessitas sine injuria (princípio da lesividade); A5. Nulla injuria sine actione (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação); A6 Nulla actione sine culpa (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade penal); A7 Nulla culpa sine judicio (princípio da jurisdicionariedade); A8 Nullum judicium sine accusatione (princípio acusatório); A9 Nulla accusation sine probatione (princípio do ônus da prova); A10 Nulla probatio sine defensione (princípio do contraditório ou da defesa). FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 91.

Nesse diapasão, Ferrajoli define a responsabilidade penal como o conjunto das condições normativamente exigidas – necessárias, para que a pessoa seja submetida à pena.

Os axiomas que enumera, designam requisitos, condições ou garantias penais, enquanto delito, lei, necessidade, ofensa, ação e culpabilidade; e designam requisitos, condições ou garantias processuais, enquanto acusação, defesa, prova e juízo.<sup>89</sup>

Tais garantias se consubstanciam em limites sob o ponto de vista do exercício do *jus puniendi*, já que como adverte Luigi Ferrajoli, cada uma das garantias implica as demais, de forma que estabelecem limites quanto às atividades legislativa e judicial do Estado sob a perspectiva da responsabilidade penal.

Portanto, o garantismo se pauta no profundo respeito às garantias do cidadão e na autolimitação do direito penal, atendendo as diretrizes constitucionais.

O poder institucionalizado é submetido à Constituição Federal, a qual todos, indistintamente, deverão ser sujeitados, poderes públicos e poderes privados.

Dessa forma, o garantismo não apresenta uma única direção, a de vincular os poderes públicos, mas apresenta ainda uma segunda direção a qual o próprio Ferrajoli reconhece como sendo um grande problema, a de submeter

---

<sup>89</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 91.

os poderes privados à lei, já que paira no âmbito privado a idéia de onipotência de mercado.<sup>90</sup>

Como ressalta Ferrajoli:

*“parece-me que o garantismo tem possibilidades de desenvolvimento que dependem de variados processos, como o constitucional e o cultural, que fogem à tradição liberal clássica”.*<sup>91</sup>

O garantismo é um modelo de direito que evolui portanto, evolui de acordo com a sociedade. A sociedade atual sendo moderna e dinâmica sofre transformações constantes, de forma que não é possível, dentro de uma concepção garantista de cunho democrático, adotar um modelo de garantismo absoluto sob a perspectiva exclusiva do individual, o que significaria excluir o direito penal nas questões envolvendo os interesses difusos e, por conseguinte, o abandono da finalidade democrática de assegurar o bem comum.

### **3.4.5. Direito Penal e Estado Democrático de Direito**

O Estado Democrático de Direito recepcionou as garantias negativas do minimalismo penal no sentido da intervenção mínima do Estado na vida do

---

<sup>90</sup> FERRAJOLI, Luigi, *A teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal*.

<sup>91</sup> Idem.

cidadão. Mas além dos valores afetos à liberdade individual, também recepcionou os valores sociais e coletivos<sup>92</sup>, o que atende perfeitamente ao sistema de direitos humanos.

Constitui finalidade do Estado Democrático de Direito o bem comum. Assim, a preocupação deixa de ser apenas individual dentro de uma perspectiva liberal clássica e passa também a ser coletiva, o que não significa abandono do garantismo, mas muito pelo contrário, já que o Estado deverá assegurar os valores individuais assim como os valores sociais e coletivos, devendo algumas vezes, caso haja colisão entre valores, harmonizá-los, mas nunca anular um valor.<sup>93</sup> O que não se pode admitir é uma intervenção indevida do Estado, sem controle de legalidade, o que configura verdadeiro abuso.

Em suma, o Estado no modelo democrático deve dar satisfatividade aos direitos humanos em todas as suas dimensões com vista ao bem comum. O direito penal clássico com seus valores decorrentes de um minimalismo penal também deve observar o mesmo foco como forma de orientação político-criminal.

A Constituição Federal de 1988 elevou os bens difusos e coletivos à categoria de bens fundamentais, o que está a exigir uma sociedade mais responsável e comprometida diante dos novos valores, o que implica uma

---

<sup>92</sup> A esse respeito vide capítulo 1 - item 1.1., p. 9/11.

<sup>93</sup> A esse respeito vide a importância do princípio da proporcionalidade in capítulo 1, item 1.4.5., p. 21/28.

maior intervenção do Estado na esfera de liberdade e que não é indevida, já que autorizada pela própria Magna Carta para dar proteção aos bens meta-individuais, desde que respeitadas as garantias negativas.

Vige, portanto, a concepção democrática de um direito penal mínimo, que observa os princípios comezinhos de direito penal, mas com o compromisso da fraternidade, o que está a exigir uma sociedade livre, justa e solidária.

A sociedade de risco trouxe novos interesses para o campo do direito e estabeleceu um novo paradigma baseado no risco, estando a exigir num modelo democrático, uma postura mais ativa do Estado conformada com os direitos humanos para assegurar o bem comum.

É indiscutível a necessidade da busca de instrumentos que trabalhem com os riscos a fim de assegurar a eficácia do direito penal.

E isto representa, apesar do caloroso debate, um ajuste dos conceitos clássicos do direito penal que não servem à sociedade de risco, pois como dar uma resposta efetiva para esta nova realidade, diante das questões que decorrem das condutas de risco: Quem causou? Como causou? A que ritmo? Onde causou?

Aplicar as leis de uma realidade passada diante da nova realidade que decorre da globalização, não produz qualquer efeito no combate aos novos crimes, tornando as leis simbólicas.

É inconcebível um direito penal que não possa proteger eficazmente o bem jurídico, pois se assim fosse, para que serviria o direito penal?

É preciso adequar o direito penal e processual penal à nova realidade, com elaboração de tipos penais e processuais penais dotados de mecanismos que levem em consideração os caracteres da criminalidade globalizada para dar efetividade à justiça penal, com estrita observância aos direitos humanos. Somente assim, pode-se alcançar o verdadeiro equilíbrio entre os valores fundamentais na consecução do bem comum.



## **CAPÍTULO IV - NOVA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL DA GLOBALIZAÇÃO**

### **4.1. Do tratamento constitucional à criminalidade globalizada**

O que diferencia a delinqüência globalizada da tradicional, é que esta é praticada por agentes individuais, ou em co-autoria identificável, utilizando-se de uma relação de causalidade entre ação e resultado, sem a interferência de uma atividade institucionalizada. Isto é, objetiva o agente um resultado individual de enriquecimento, sem o profundo abalo na estrutura social.

A delinqüência econômica atual é internacionalizada e ligada à globalização, não sendo, portanto, um fenômeno social do tipo marginal, mas, como observa Silva Sanchez, a partir de elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico.

E arremata, a criminalidade globalizada é a criminalidade dos poderosos, constituindo da criminalidade de empresas (delitos fiscais, contra o meio-ambiente, relações de consumo) e da criminalidade organizada (narcotráfico, terrorismo, tráfico internacional de pessoas, pornografia).

Na conjuntura de um Estado Democrático de Direito, a igualdade passou a ser dotada de valores: Igualdade e valores fundamentais de dignidade, justiça e solidariedade.

Nesse sentido, sob os auspícios do modelo democrático que respeita os direitos e garantias individuais, a igualdade formal já não é suficiente, procurando ser estabelecida uma igualdade real, ao incluir as diferenças sociais e excluir as pessoais.

O caráter da igualdade social está no conjunto de valores naturais, históricos e culturais que é o homem, na dinâmica de sua personalidade. É o pano de fundo da vida em sociedade.

A igualdade constitui, portanto, fator base da realização de justiça, em uma acepção ampla: justiça processual, justiça econômica, justiça social correspondendo à justiça necessária.

Dessa forma, o direito pode desigualar, sempre que a igualdade formal não seja suficiente para garantir a justiça necessária. Por conseguinte, a fim de alcançar a verdadeira igualdade e conseqüente justiça necessária, deve ser aplicada uma igualdade real, em que as situações desiguais devem ser tratadas de modo desigual.

#### 4.1.1 Desigualdade para se chegar à igualdade

Critérios para identificação do desrespeito à isonomia, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, devem ser formuladas três questões:<sup>94</sup>

- 1. a primeira, diz com o elemento tomado como fator de desigualação;*
- 2. a segunda, reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento diversificado;*
- 3. a terceira, atina à consonância desta relação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.*

Verificado o fator de desigualação e a questão de disparidade de tratamento, há de se verificar a co-relação com a Constituição Federal, a fim de estabelecer a igualdade.

À guisa de exemplo, tome-se a lei nº. 9.034/95 que trouxe tratamento diverso quanto ao crime organizado sob o ponto de vista processual. A referida lei criou os institutos da infiltração de agentes (no seu artigo 5º, inciso V) e ação controlada por policiais (artigo 2º, inciso II); institutos que não se aplicam para colheita da prova em crimes praticados por quadrilhas que não sejam organizações criminosas.

O fator de desigualação e disparidade é a condição de maior vulnerabilidade da sociedade e a busca por uma justiça necessária.

---

<sup>94</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 21.

O tratamento desigual também é justificado na lei de lavagem de dinheiro, pois como fator de desigualação, tem-se a maior vulnerabilidade da sociedade; disparidade, que justifica tratamento diverso, admitido pela Carta Federal, a fim de estabelecer a isonomia entre desiguais.

No direito penal, justifica-se a disparidade de tratamento, tendo em vista as peculiaridades dos bens supra-individuais a partir do novo paradigma da sociedade de risco, o que está a exigir novos conceitos no âmbito jurídico penal com fundamentos e implicações que decorram dos riscos.

Constata-se, assim, que a Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê alguns *discrímens* e ainda como regra geral que todos são iguais sem que haja distinção de qualquer natureza. Assim, o tratamento discriminatório se legitima à vista de pressupostos lógicos que justifiquem racional e objetivamente a discriminação.

Nesse sentido é que a própria Constituição Federal desigualava a fim de atingir a igualdade ao determinar tratamento mais severo aos crimes que classifica em hediondos e assemelhados, os quais, segundo a Carta Federal, são insuscetíveis de fiança, graça ou anistia (vide artigo 5º, incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV, da Constituição Federal).

Portanto, a Constituição Federal, com observância da proporcionalidade, admite tratamento diferenciado no campo penal e processual penal no combate à criminalidade globalizada, como forma de preservar os valores do Estado Democrático de Direito.

Por fim, apenas para argumentar, não assiste razão para aqueles que sustentam que, ao aplicar tratamento distinto à criminalidade globalizada em detrimento da criminalidade tradicional, estar-se-ia retornando ao direito penal do autor, o que seria inconcebível.<sup>95</sup> Ora, não se trata de desigualar tendo como centro o autor, mas o novo paradigma do risco e sua relação com o contexto social à luz de um modelo democrático, o que está a se exigir uma postura mais ativa do Estado para proteger os direitos humanos de 2ª e 3ª dimensão (proibição da proteção insuficiente), respeitando os de 1ª dimensão (proibição do excesso).

#### **4.2. A dogmática jurídico-penal tradicional e os novos rumos do direito penal globalizado na tutela dos bens meta-individuais**

O direito penal da globalização não é o mesmo do direito penal clássico, logo, é preciso adequar a dogmática jurídico-penal para esta nova realidade.

Se, com a globalização, o paradigma do dano foi substituído pelo do risco, então, a dogmática penal deve ser construída a partir das consequências não desejadas, as implicações e fundamentos que decorrem dos riscos.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> BIANCHINI, Alice, *Direito penal econômico: Os fins justificam os meios?*, p. 9/10.

<sup>96</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito penal econômico como direito penal de perigo*, p. 62.

Nesse cerne, as correntes funcionalistas com emprego da teoria da imputação objetiva traçam uma nova dogmática com relação à teoria geral do delito que deve ser conformada pelos direitos humanos, adotando o sistema penal aberto na proteção dos bens meta-individuais.

O sistema penal aberto é o mais adequado na proteção dos interesses difusos e coletivos, tendo em vista a complexidade da sociedade do pós-industrial e a dinâmica das relações sociais de um mundo globalizado, já que não é possível prever todas as situações em razão dos constantes avanços tecnológicos, e nem trabalhar com o dano, que não se sabe quando ocorrerá e em que proporções.

No entanto, é aplicável ao direito penal da globalização, ainda, a dogmática jurídico-penal do direito penal clássico baseada na proteção dos interesses individuais, com utilização do sistema fechado para elaboração do tipo penal e imputação com emprego da causalidade.

Tal postura, segundo o saudoso Antonio Luís Chaves Camargo, revela a estagnação da doutrina brasileira apegada ao sistema fechado, inclusive alegando desconhecimento pela doutrina dos institutos propostos pela dogmática jurídico-penal moderna, pugnando pela superação da fase do sistema fechado e optando-se por um sistema aberto que possa fazer frente à criminalidade desta sociedade de risco.<sup>97</sup>

A dogmática jurídico-penal:

---

<sup>97</sup> CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *Imputação objetiva no direito penal brasileiro*, 107/7-9.

*“que não é formulada pelo legislador, formula regras de decisão jurídico-penal de um caso em um nível médio de abstração entre a lei e o caso: ela concretiza as instruções da lei, indicando aos julgadores em que posição de sua fundamentação eles têm que tratar, quais os argumentos e qual a extensão”.*<sup>98</sup>

Assim, a dogmática deve estar sempre atenta aos problemas que possam surgir na aplicação da lei, apresentando qual é a solução mais adequada para o caso real.

Se a dogmática deixa de discutir e, por conseguinte, de apresentar soluções às questões atuais, seja por puro desconhecimento dos novos conceitos, ou ainda, porque apegada às soluções passadas que não resolvem os novos problemas, o operador do direito fica sem rumo, o que traz instabilidade quanto à aplicação da lei e compromete o sistema, por não atender os fins do modelo democrático.

Dessa forma, na solução dos problemas de uma sociedade moderna, a dogmática deve orientar a criação e aplicação dos tipos penais abertos e no emprego da imputação objetiva, a fim de conciliar os novos conceitos na tutela dos interesses difusos e coletivos com as garantias individuais, o que está a exigir especial atenção do dogmata, tendo em vista a necessidade de satisfazer os direitos humanos em todas as dimensões.

Nesse diapasão, a dogmática deve estar atenta aos valores fundamentais eleitos pela Constituição Federal, assumindo o seu papel de apresentar – a

---

<sup>98</sup> HASSEMER, Winfried, *Introdução aos fundamentos de direito penal*, p. 271 ss.

partir de discussões – a melhor solução às questões de interesse jurídico-penal conformadas com os direitos humanos.

Quando se pensa na metodologia penal deve se pensar que os direitos humanos é que legitimam o direito penal.

Assim, a dogmática jurídico-penal deve compreender os fins do Estado Democrático de Direito, que procura assegurar uma igualdade-proporcional, observando os valores constitucionais que personificam a dignidade da pessoa humana, o que não se coaduna com os conceitos de um sistema penal fechado baseado no método dedutivo lógico-formal sem nenhuma natureza crítica.

Manter, exclusivamente, um sistema de garantias de períodos passados cujo modelo possuía outras finalidades não atende os fins democráticos. É preciso repensar os novos conceitos a partir do risco e com base no modelo traçado pela Constituição Federal Cidadã, a fim de estabelecer uma dogmática jurídico-penal efetiva, porém conformada com os direitos humanos, para lidar com os riscos decorrentes de uma sociedade complexa do pós-industrial e que afetam tudo e todos.

É indubitável que a sistematização clássica não serve a sociedade de risco, que não traz um resultado visível, nem tampouco, dada à estrutura das organizações criminosas, é adequada para responsabilização dos seus integrantes, principalmente, do alto escalão, que não chega a executar as condutas, mas distribui as ações humanas.



Com razão adverte Marco Antonio Marques da Silva, que essa forma de atuar contra a criminalidade moderna diante das suas características diferenciadas não surte o efeito desejado, podendo-se dizer que são leis simbólicas.<sup>99</sup>

Por outro lado, como já ressaltado, o direito pode desigualar se a igualdade formal não é necessária para garantir a justiça necessária. Nesse sentido, a fim de alcançar a verdadeira igualdade e conseqüente justiça necessária, deve ser aplicada uma igualdade-proporcional, em que as situações desiguais devem ser tratadas de modo desigual, conforme a máxima Aristotélica.

Num Estado Democrático de Direito, há uma igualdade dinâmica em que cabe ao Estado suprir desigualdades para transformá-las em igualdade real, assegurando valores como a segurança e a paz social.

Daí, não há que se falar em violação ao princípio constitucional da igualdade, mas pelo contrário, trata-se de desigualar para igualar, atingindo a finalidade democrática consubstanciada no bem comum.

Portanto, na tutela dos bens meta-individuais, não deve ser aplicado os conceitos do direito penal clássico, reservados para criminalidade tradicional, mas sim, adotar conceitos adequados a partir do novo paradigma do risco social e que trazem maior eficiência no combate ao crime globalizado.

---

<sup>99</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. p.136.

As teorias funcionalistas, que pregam um direito penal orientado ou “funcionalizado”, e não neutro de acordo com o pensamento tradicional (causalista, finalista, ou misto)<sup>100</sup>, apresentam os seguintes conceitos para lidar com os riscos de um mundo globalizado para proteção dos bens meta-individuais fundamentais: no campo da tipicidade, utilização de um sistema aberto com a elaboração de tipos penais dotados de normas penais em branco e tipos penais de perigo, com emprego da imputação objetiva como limite da responsabilidade penal.

As críticas quanto aos novos conceitos são pontuais, recaindo na adoção de um sistema aberto com tipos penais de perigo, mas sem desconstruir a teoria da imputação objetiva que criou uma nova dogmática à teoria geral do delito com base no paradigma do risco social, de forma que a tipicidade só pode ser compreendida com a imputação objetiva conformada com os direitos humanos.

Isto posto, discute-se na doutrina tradicional a tipicidade aberta em face das seguintes garantias negativas: a um, sob a perspectiva da legalidade; a dois, sob o prisma da lesividade do bem jurídico em relação aos crimes de perigo. São questões a serem enfrentadas nos itens seguintes que tratam das novas orientações da dogmática moderna visando assegurar a efetividade da tutela penal, porém em conformidade com os direitos humanos.

---

<sup>100</sup> QUEIROZ, Paulo, *A Propósito De Uma Crítica de Schönemann a Mir*, p. 11.

### 4.3. Novos rumos do direito penal (satisfatividade dos direitos humanos)

#### 4.3.1. Tipicidade aberta

A concepção de tipicidade (*tatbestan*, em alemão), quanto ao seu conteúdo e relação com a antijuridicidade, evoluiu de acordo com as teorias que surgiram na análise do fenômeno do crime.

A tipicidade constitui elemento fundamental do crime. É através da tipicidade que se verifica quais são os elementos constitutivos do tipo penal que lesam ou expõe a um risco de lesão o bem jurídico penalmente tutelado.

Tipicidade é a:

*“identidade entre a conduta paradigmática e o fato concreto. Pressupõe, portanto, uma congruência da realidade ao modelo, representando a plena conformidade entre o fato concreto praticado pelo agente e a moldura abstrata descrita na lei penal, denominada de tipo penal”.*<sup>101</sup>

Na elaboração do tipo penal devem ser observadas as garantias fundamentais do direito penal, precipuamente, o princípio da legalidade com

---

<sup>101</sup> FERRARI, Eduardo Reale, *Legislação penal antitruste: Direito penal econômico e sua acepção constitucional in* Direito Penal, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-brasileira. COSTA, José de Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação), p. 604.

suas quatro garantias básicas (*crimen, nulla poena sine lege scripta; nullum crimen, nulla poena sine lege stricta; nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).<sup>102</sup>

O princípio da legalidade atende aos reclamos de uma sociedade liberal contra o arbítrio estatal, tendo como fundamento a segurança jurídica.

Segundo os clássicos, numa concepção liberal, a tipicidade deve observar um sistema fechado, o que atenderia ao princípio da legalidade. O sistema fechado, baseado no dano, consiste em descrever da forma mais clara e precisa possível a conduta que está sendo incriminada, sem que haja a necessidade de complementação do intérprete para ser compreendido.<sup>103</sup>

Diversamente, no sistema penal aberto, se infere, parcialmente do tipo, os elementos do injusto, que são completados com elementos que estão fora do tipo penal.<sup>104</sup>

Diante do dinamismo e da complexidade da sociedade do pós-industrial, o tipo penal, para proteger os interesses difusos e coletivos, deve ser aberto. O tipo penal fechado que resulta de relações espaço-temporal previsíveis não se coaduna com a dinâmica de uma sociedade de risco, cujos riscos, na maior parte das vezes, são considerados como naturais ao desenvolvimento humano.

---

<sup>102</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 8. A esse respeito, vide Capítulo I, item 1.3.1..

<sup>103</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de direito penal: parte geral*, p. 184.

<sup>104</sup> CALLEGARI, André Luís, *Gestão temerária e o risco permitido no direito penal*, p. 410.

Sob a perspectiva de uma nova dogmática fundada no paradigma do risco, Roxin, ao apresentar a teoria da imputação objetiva, prega um direito penal “funcionalizado” que acompanhe a evolução da sociedade com suas transformações, o que demonstra a superação do causalismo, que representa um retrocesso ao desenvolvimento da humanidade, e da teoria finalista baseada na ação, que não é adequada à sistemática dos tipos penais abertos que decorrem de situações sociais complexas, cujo complemento normativo deve ser aferido em relação ao contexto social e no momento da prática da conduta.

Assim, é necessário considerar toda a extensão e contexto social do delito para proteção do bem jurídico, daí a necessidade de um sistema aberto com a elaboração de tipos dotados de norma penal em branco e tipos penais de perigo na tutela efetiva dos bens meta-individuais. O que era exceção na defesa dos bens individuais passa a ser regra na proteção dos bens meta-individuais.

Daí se vê que os tipos penais abertos elaborados para proteção dos bens meta-individuais, não podem ser compreendidos com base nas teorias causalista e finalista, mas na teoria da imputação objetiva que criou uma nova dogmática à teoria geral do delito a partir do paradigma do risco social, desde que conformada com os direitos humanos.

Nesse diapasão, a teoria da imputação objetiva reformulou o conceito de ação que passa a corresponder ao dissenso da conduta com os valores

vigentes, por via de consequência, ampliou o tipo objetivo que deve corresponder aos valores atuais do corpo social, o que somente poderá ser aferido com precisão, através de critérios objetivos apresentados pela imputação objetiva que, frise-se, não se resumem à lei.<sup>105</sup>

Dessa forma, a tipicidade aberta deve ser entendida com a imputação objetiva conformada com os direitos humanos. O tipo penal é aberto, mas a responsabilidade penal, através da imputação objetiva é limitada por critérios objetivos de acordo com os valores sociais vigentes, o que atende a dignidade da pessoa humana.

#### **4.3.1.1 Criação dos tipos penais abertos**

O direito penal, como todo ordenamento jurídico, deve acompanhar a evolução da sociedade com suas transformações. O emprego do sistema aberto em razão do dinamismo resultante das relações sociais de um mundo globalizado, com a elaboração de tipos incriminadores de perigo e normas penais em branco, é imprescindível para o combate desta nova criminalidade globalizada.

É preciso neutralizar os riscos de dano, pois caso os riscos resultem em lesão, as consequências são de grande dimensão. Portanto, se os novos riscos

---

<sup>105</sup> A esse respeito vide item 4.3.3. Imputação objetiva (nexo normativo).

colocam em perigo a própria existência humana, o direito penal não pode ficar de mãos atadas, mas agir para cumprir com sua finalidade de pacificação social.

A idéia de antecipação da tutela penal para proteção dos bens meta-individuais no campo econômico difundiu-se com o colóquio organizado pela secção da República Federal da Alemanha da AIDP, em Freiburg, em setembro de 1982.<sup>106</sup>

E a antecipação da tutela se justifica pelas dificuldades encontradas na identificação e delimitação dos bens meta-individuais, ao contrário do que acontece com os bens individuais.<sup>107</sup>

Com efeito, quanto ao âmbito de proteção penal, questiona-se sobre o que vem a ser o valor meta-individual ordem econômica. A resposta obedece às diferentes funções político-criminais que variam segundo o modelo de Estado.<sup>108</sup>

Sob uma concepção democrática, condiz em conciliar o liberalismo do Estado Liberal com a fraternidade do Estado Social, com vistas a assegurar a finalidade democrática do bem comum. Assim:

---

<sup>106</sup> José de Faria Costa; Manuel da Costa Andrade. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP em Temas de Direito Penal Econômico / organizador Roberto Podval, p. 99.

<sup>107</sup> A esse respeito – Resolução 5 do Colóquio. Na generalidade dos casos, o recurso ao direito penal, nesta área, contende com a tutela de interesses coletivos. Na sua larguíssima maioria estes interesses coletivos são mais difíceis de identificar do que os tradicionais interesses privados. Devido à sua natureza complexa e difusa, os interesses coletivos são particularmente vulneráveis.

<sup>108</sup> KALACHE, Maurício, *Direito Penal Econômico* in *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir.* / coordenação Luiz Regis Prado, p. 394.

*“as normas penais econômicas devem prestar-se, em síntese, como meio hábil no combate ao abuso do poder econômico que se manifesta pelo domínio de mercados, eliminação de concorrência e aumento arbitrário dos lucros.”<sup>109</sup>*

Por conseguinte, muito embora os elementos do fato típico dos bens meta-individuais não sejam tão palpáveis como ocorre com os bens individuais, é recomendável a incriminação desde que obedecidos os princípios comuns do direito penal<sup>110</sup>, conforme resoluções do Colóquio.

Com isto, deve-se ter especial atenção na criação do tipo penal aberto, já que não se pode admitir uma descrição vaga, imprecisa, o que ofenderia a legalidade, ao mesmo tempo em que o tipo penal deve atender a dignidade penal do bem jurídico o que significa a elaboração de uma lei eficaz, e não meramente simbólica a qual violaria o princípio da dignidade do bem jurídico.

Reside aqui a maior crítica da doutrina tradicional apegada ao sistema fechado, a de que os tipos penais abertos violam o princípio da legalidade. A crítica, no entanto, perde razão de ser, quando há o cuidado necessário na elaboração do tipo penal aberto, o que requer especial atenção do dogmata.

Marco Antonio Marques da Silva ressalta a necessidade de um sistema aberto no combate à criminalidade globalizada e ressalta que isto não fere o princípio da legalidade:

---

<sup>109</sup> BALDAN, Édson Luís, *A Tese Funcionalista e a Legitimação do Discurso Demonstrativo do Legislador Penal Econômico*, p. 9-10.

<sup>110</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 8. A esse respeito, vide Capítulo I, item 1.3.1..



*“Com relação à segurança jurídica, há críticas de que o direito penal poderia gerar insegurança, enquanto sistema aberto, mas tal não ocorre, uma vez que está presente, em todas as decisões penais, o princípio da legalidade que é uma conquista histórica irrenunciável”.*<sup>111</sup>

Adverte que não se trata de elaboração de tipo indeterminado, pois o sistema aberto não significa ausência de referencial. E, didaticamente, em uma de suas memoráveis aulas, emprega um sentido figurado para explicar que o tipo penal abstrato não fere a legalidade, por equivaler a lei a uma moldura que, a partir do bem jurídico penalmente tutelado, traz seus referenciais de situações específicas que geram riscos à sociedade.

O que não está previsto dentro da moldura, não pode ser considerado como crime. Assim, em que pese a adoção da técnica do reenvio para fora do tipo penal, deve-se depreender claramente do tipo penal aberto à conduta proibida, que deve estar relacionada com o objeto proibido, atendendo os princípios reitores do direito penal. Nesse sentido, são as Resoluções 6, 7 e 8 do Colóquio.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> COSTA, José de Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação), *ob. cit.*, p. 412.

<sup>112</sup> **Resolução 6.** A descrição das condutas proibidas implica normalmente o recurso à técnica do reenvio, isto é, a identificação dos fatos relevantes por remissão para fora do tipo penal. O que comporta o perigo da falta de clareza e de rigor bem como da delegação excessiva do poder legislativo em favor da administração. A conduta ou o resultado proibido devem ser especificados pela própria lei penal. A respectiva interpretação e aplicação deve obedecer aos princípios comuns do direito penal. **Resolução 7.** O direito penal econômico deve, na medida do possível, evitar as cláusulas gerais. Sempre que se utilizem cláusulas gerais deve, pelo menos a conduta proibida, ser rigorosamente descrita. **Resolução 8.** Os crimes de perigo abstrato (*per se bans*; *abstrakte Gefährdungsdelikte*; *délits obstacle*) são meios válidos de combate à criminalidade econômica desde que a conduta proibida seja claramente definida pelo legislador e se relacione diretamente com interesses protegidos claramente identificados. A sua utilização como simples processo de facilitar a prova não se justifica.

Num Estado Democrático de Direito, os tipos penais devem ser criados com estrita observância aos direitos humanos, mas é preciso que o direito penal esteja preparado para as novas realidades.

Assim, nos tipos penais abertos, em que parte de seu conteúdo está fora do tipo, o legislador deve fazer uma análise funcionalista positiva na norma com valores políticos e sociais decorrentes da Constituição Federal para estabelecer, objetivamente, quais são os referenciais que colocam em risco o bem jurídico tutelado, atualizando-os sempre que necessário, uma vez que as mudanças de um mundo globalizado são constantes.

#### **4.3.2. Crime de perigo (prevenção)**

Os crimes podem ser classificados quanto ao resultado jurídico em crimes de dano e de perigo. Crime de dano quando houver efetiva lesão ao bem jurídico. Crime de perigo quando houver uma probabilidade, um risco de dano ao bem jurídico. Perigo é o dano em potencial.

Numa sociedade de risco, há de se trabalhar com tipos penais que lidam com o paradigma do risco em que a realização da conduta constitui uma probabilidade de lesão relevante ao bem jurídico.

Ademais, o legislador penal diante da sociedade globalizada não poderia trabalhar com o dano, tendo em vista que sequer seria possível

mensurar sua extensão (veja exemplo de Chernobyl), devendo trabalhar com tipos penais de perigo.

Ora, a sociedade é de risco. E não é novidade para o direito penal trabalhar com o risco, já que os Códigos Penais, há muito, prevêm diversos crimes em que há um risco de dano ao indivíduo (quanto à sua vida e saúde) ou à coletividade (quanto ao perigo comum, segurança e saúde coletiva).

O Código Penal Brasileiro trabalha com diversos tipos abertos. Como exemplo de crime de perigo abstrato e de norma penal em branco, depreende-se do referido *Codex*, o delito de omissão de notificação de doença contagiosa do artigo 269, além de vários outros crimes contra a saúde pública (artigos 267/285 do CP), cuja titularidade é a coletividade.

Os tipos penais dos artigos 267/285 cujo sujeito passivo é a coletividade foram criados, a partir do bem jurídico - saúde pública, com referenciais necessários para a devida proteção do bem jurídico em questão. Por conseguinte, sendo a conduta perfeitamente identificável pelos referenciais, não há violação do princípio da legalidade.

O que não se pode é admitir uma atecnia legislativa com a criação de tipos penais com conteúdo subjetivo e que dão margem a uma interpretação dúbia, o que, indiscutivelmente, feriria a legalidade.

#### 4.3.2.1 Crime de perigo concreto e de perigo abstrato

São os chamados crimes de perigo que lidam com a probabilidade de dano, o que vale dizer, o tipo penal não traz um dano, mas um perigo de dano, sendo que o tipo penal pode exigir a ocorrência de um perigo direto (perigo concreto); ou presumir o perigo através da prática de uma determinada conduta (perigo abstrato).

Eleito o bem jurídico essencial para ser objeto da tutela penal conforme a teoria do bem jurídico, o legislador ao elaborar o tipo penal de perigo deve ter em consideração a situação de perigo, i.e., a probabilidade de lesão ao bem jurídico penal, para que não seja violado o princípio da ofensividade.

Portanto, o perigo ao bem jurídico penalmente tutelado deve ser relevante, o que implica na adoção de um critério objetivo de perigo, observando a situação perigosa sob a ótica do risco.<sup>113</sup>

O crime de perigo pode ser classificado em concreto e abstrato. Analisando as duas espécies de crime de perigo, explica Paulo Silva Fernandes que, como ponto comum, o da antecipação da tutela a um ponto anterior à lesão.

Como ponto distintivo, o de que o crime de perigo concreto exige a criação de condições tais que se pode afirmar ter estado o referido bem jurídico próximo da lesão, daí ser um perigo concreto, razão pela qual há

---

<sup>113</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *op. cit.*, p. 112/113.

exigência de um juízo *ex post* de racionalidade da situação de perigo; já o crime de perigo abstrato não é necessário esperar pela concreta colocação em perigo do objeto de tutela, eis que o perigo é presumido pela lei, bastando um juízo *ex ante* do perigo.<sup>114</sup>

Portanto, o tipo penal de perigo concreto traz o perigo como elemento do próprio tipo, ao passo que ao crime de perigo abstrato presume-se o perigo (*jures et de jure*), tendo em vista a gravidade implícita à conduta, sem a necessidade de comprovação da situação de perigo no caso concreto, o que gera neste último caso, críticas por parte da doutrina, a qual passa a entender que no crime de perigo abstrato a presunção de perigo é *juris tantum*.

Nesse diapasão, aduz o professor Marco Antonio Marques da Silva referindo-se aos crimes de perigo abstrato:

*“Nestas categorias a presunção do perigo é iuris tantum, o que reconduz estes tipos penais aos princípios garantidores do direito penal.”<sup>115</sup>*

Várias são as teorias que tentam explicar os crimes de perigo, sendo que, como já se pôde notar, a maior dificuldade reside em explicar os crimes de perigo abstrato em que o perigo é presumido, o que poderia abrir margem à discussão sobre eventual ofensa ao princípio da lesividade, veja-se:

---

<sup>114</sup> FERNANDES, Paulo Silva, *op. cit.*, p. 93.

<sup>115</sup> COSTA, José de Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da. (coordenação), *ob. cit.*, p. 416.

Nos crimes de perigo concreto está presente o princípio da lesividade, já que há um desvalor da ação e um desvalor real do resultado pela colocação em perigo do bem jurídico.<sup>116</sup>

Quanto aos crimes de perigo abstrato, que são crimes de mera atividade perigosa, não há ofensa ao princípio da lesividade, apesar da existência de várias críticas por diversos doutrinadores, já que assim como ocorre com os crimes de perigo concreto, exigem para sua caracterização, que o perigo seja relevante, o que está a exigir uma análise *ex ante* e *ex post* do fato. E quando o perigo é relevante, não há ofensa ao princípio da lesividade.

Nesse sentido, nos crimes de perigo abstrato, muito embora a lei presuma o perigo, torna-se importante um conceito objetivo-normativo de perigo como forma de análise dos limites do perigo entre o que é permitido e o que é proibido, com avaliações fáticas sob os prismas *ex ante* e *ex post*, sendo que, na esteira da teoria da imputação objetiva, somente o perigo relevante ao bem jurídico resulta em ofensa ao bem penal.

O tipo de perigo funcionaria como forma de controle do Estado diante dos riscos de uma sociedade globalizada. Adverte Silva Sanchez que numa criminalidade de massa, os bens jurídicos dependem cada vez mais de controle de riscos. Assim, deve ser feita uma análise *ex ante* dos riscos em

---

<sup>116</sup> Conforme ressalta Renato de Mello Jorge Silveira, vários são os estudos em torno dos crimes de perigo, ressaltando que a partir de Gallas, estabeleceu-se importante divisão do perigo, qual seja, a separação de situações em que são vislumbrados delitos de mera atividade perigosa, em que se esgota o crime no desvalor da ação (são os crimes de perigo abstrato), daquelas de delitos de resultado perigoso, em que há um desvalor concreto de um resultado (são os crimes de perigo concreto). SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *op. cit.*, p. 100 ss.

conformidade com o princípio da precaução e *ex post* pelo julgador assim como ocorre com os crimes de perigo concreto, como forma de assegurar o respeito às garantias constitucionais.

Portanto, se os bens afetados, ainda que futuramente, são fundamentais, então é necessária a atuação do direito penal na tutela dos bens jurídicos meta-individuais, com tipos penais de perigo abstrato, como adverte o professor Marco Antonio Marques da Silva, com referenciais a partir do bem jurídico penalmente tutelado, para delimitar o alcance da norma penal que não pode ser tão genérica, mas estabelecer situações específicas.

Ora, se a lei delimita as condutas que geram riscos, e sendo superado o risco para além do permitido quanto ao bem difuso protegido, é indubitável a existência do perigo de dano à coletividade no comportamento que gerou o risco, muito embora a imputação objetiva da conduta deva ficar condicionada à análise de seus elementos objetivos de acordo com os valores sociais vigentes.

De se ressaltar, segundo a Resolução 8 do Colóquio, que a elaboração de tipos penais de perigo abstrato é admissível, mas ressalva sua excepcionalidade.

### 4.3.3. Imputação objetiva (nexo objetivo-normativo)

A idéia de atribuir responsabilidade penal baseada no nexo de causalidade, que liga a conduta ao resultado, decorre da teoria causalista.

A teoria causalista da equivalência das condições ou dos antecedentes estabelece que tudo que contribui para ocorrência do resultado é causa, portanto, somente é admissível nos crimes de resultado (crimes materiais).

Em oposição à causalidade, Welzel criou a teoria finalista elegendo a conduta como elemento mais importante do tipo penal e sustentando que a ação humana é o exercício de uma atividade finalista, em que o homem dirige sua atividade segundo um plano que traçou para alcançar seus objetivos, tendo pleno domínio sobre o curso causal.<sup>117</sup>

O causalismo, com seu regresso ao infinito, foi superado pela doutrina finalista de Welzel.

Com o advento da sociedade do pós-industrial as relações sociais se intensificaram e tornaram-se mais complexas, principalmente em decorrência do modelo capitalista liberal que contribuiu decisivamente para o estabelecimento de uma sociedade de risco.

Assim, numa sociedade contemporânea, o risco passou a fazer parte das relações sociais, sendo que o agir comunicativo nos contatos sociais resulta em riscos dos mais variados, o que torna incompatível com a teoria causalista

---

<sup>117</sup> WELZEL, Hans, *Direito penal*, p. 79-84.



da equivalência das condições, pois sob o ponto de vista da imputação causal, haja vista o nexó empírico entre a ação e resultado, qualquer risco gerado nas relações sociais já seria suficiente para imputação do resultado, o que seria um retrocesso ao desenvolvimento social.

Por outro lado, a imputação causalista do resultado guiada pela finalidade também se mostra inadequada para lidar com uma sociedade complexa em que os contatos sociais que geram riscos são intensos e muitos deles compreendidos como algo natural em prol do desenvolvimento da humanidade.

Dessa forma, em relação ao conjunto de riscos decorrentes dos vários contatos sociais, é preciso separar o risco permitido do risco proibido, sendo este, o único com relevância jurídico-penal.

Ora, se o risco é permitido sequer haverá tipicidade, já que o direito penal somente recai sobre o que é proibido.

Verificando que a teoria finalista (a teoria causalista já está “superada”<sup>118</sup>) não traz soluções satisfatórias para diversas situações, além de não ser adequada para lidar com o novo paradigma do risco, as correntes funcionalistas tendo em linha de consideração a evolução da sociedade e os riscos naturais *per si*, apresentam a imputação objetiva como forma de analisar o agir comunicativo diante do contexto social, que dirá se a conduta

---

<sup>118</sup> Apesar do Código Penal Brasileiro, no seu artigo 13, ter adotado a teoria causalista da equivalência das condições, a doutrina e jurisprudência nacionais são pacíficas na adoção do finalismo que guia a causalidade. De se ressaltar que o finalismo também foi recepcionado por nosso Código Penal, haja vista, p. ex., que o artigo 20 ao dispor sobre o erro de tipo trouxe o dolo para conduta, atendendo proposta finalista.

está de acordo com os valores eleitos pela sociedade, atribuindo significado ao tipo penal.

As correntes funcionalistas passaram a dar uma interpretação funcional ao direito positivo à luz dos valores constitucionais, de forma que é preciso estabelecer através da política-criminal quais são as orientações do direito penal a partir dos dogmas constitucionais.

A teoria da imputação objetiva construída a partir do risco estabeleceu uma nova dogmática à teoria geral do delito que deve ser conformada com os direitos humanos.

#### **4.3.3.1 Da responsabilidade penal através da imputação objetiva**

A imputação objetiva consiste numa forma de análise da conduta de acordo com os valores vigentes. Nessa perspectiva, passa para um segundo plano o pensamento do autor, já que para efeito de responsabilidade penal, o que importa é o dissenso da conduta em detrimento dos valores sociais.

Como reflexo no âmbito do tipo penal, o tipo objetivo foi ampliado ao mesmo tempo em que o tipo subjetivo perde parte de suas funções<sup>119</sup>, pois o que será analisado é o fato em relação ao alcance da norma que será limitado pelo pensamento da sociedade, pouco importando neste momento, a intenção

---

<sup>119</sup> JESUS, Damásio E. de, *Imputação objetiva*, p. 167.

do autor. O elemento subjetivo somente será analisado se, após análise do tipo objetivo houver imputação objetiva.

É função da imputação objetiva a limitação da responsabilidade penal, consistindo sua aplicação em analisar o tipo objetivo com atenção aos valores sociais.

Como ressalta Jakobs a discussão penal deslocou-se do juízo causal para o juízo normativo que está a exigir uma análise prévia e valorativa do operador do direito, como critério de imputação da conduta.<sup>120</sup> Converte-se, entretanto, em imputação do resultado, especificamente nos crimes materiais em que há exigência típica do resultado. Assim, tendo em vista que a imputação objetiva é baseada nos riscos, faz-se análise dos riscos gerados pelo comportamento, seja para efeito de imputação da conduta, ou para sua conexão com o resultado nos crimes materiais (imputação do resultado).

Dessa forma, baseada no paradigma do risco, as correntes funcionalistas apresentam a teoria da imputação objetiva diante da

---

<sup>120</sup> Há duas orientações quanto à aplicação da imputação objetiva. A primeira orientação no sentido de que a imputação objetiva diz respeito à imputação do resultado somente tendo aplicação nos crimes de resultado. Já pra segunda orientação, a imputação objetiva condiz à imputação da conduta. Neste sentido Jakobs. Ressalta Jakobs citado por André Luís Callegari, que a imputação objetiva deve ser entendida como definição do tipo objetivo, tratando-se de verificar normativamente se a conduta corresponde ao significado social do fato típico, logo, a imputação objetiva é aplicável a qualquer crime. CALLEGARI, André Luís, *Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal*, p. 467/468. Antonio Luís Chaves Camargo ressalta que atualmente este debate foi superado, aplicando a imputação objetiva a qualquer crime. CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 71.

intensificação dos diversos contatos sociais em relação aos bens difusos e coletivos<sup>121</sup>.

É certo que a intensificação dos contatos sociais abre um leque de possibilidades em que vários dos comportamentos podem conduzir a um resultado danoso aos bens difusos e coletivos. Mas qual dos comportamentos conduz à solução correta?

Jakobs observa que a sociedade traça regras que implicam na vinculação do indivíduo aos valores sociais. Para a sociedade, o que importa não é a opinião do autor, mas o papel do autor dentro do desenvolvimento da própria sociedade.

Isto posto, responde a pergunta no sentido de que para efeito de imputação é o papel do autor na sociedade que será analisado, tendo como parâmetro, os valores atuais (e não os passados), a fim de verificar se a conduta se enquadra ou não dentro de um risco permitido.<sup>122</sup>

Assim, o que importa na sociedade contemporânea é o papel dos interlocutores quanto à causação dos riscos, dentro do que é aceitável ou não segundo a sociedade. Por conseguinte, quem gera um risco permitido, então, cumpre seu papel no desenvolvimento social, ao contrário de quem gera um

---

<sup>121</sup> Nas palavras de Antonio Luís Chaves Camargo, *ipses litteris*: “É uma doutrina obrigatória na análise da responsabilidade penal, na criminalidade moderna, em especial, nos crimes que tenham como objeto bens difusos e coletivos.” CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 70.

<sup>122</sup> JAKOBS, Günther, *A imputação objetiva no direito penal*, p. 22.

risco proibido, uma vez que ao exceder seu papel colocou em risco à coletividade.<sup>123</sup>

Dessa forma, a conduta passa a ser analisada, objetivamente e de acordo com os valores sociais vigentes.

#### **4.3.3.2 Imputação da conduta – juízo objetivo-normativo**

Jakobs aponta os seguintes critérios – sucede do mais genérico para o mais específico – na análise do risco gerado pelo comportamento para efeito de imputação da conduta, muito embora reconheça que podem ser utilizados outros critérios:<sup>124</sup>

- 1) *normas regulamentadas.*
- 2) *normas sem regulamentação.*
- 3) *normalidade social da conduta que não gerou um risco relevante.*
- 4) *princípio da confiança.*
- 5) *princípio da proibição de regresso.*
- 6) *imputação no âmbito do comportamento da vítima.*

---

<sup>123</sup> A doutrina vem ressaltando cada vez mais a importância da imputação objetiva como fundamental para lidar com os problemas da criminalidade moderna referente aos bens difusos e coletivos. De se consignar, que a teoria da imputação objetiva baseada no risco não se presta apenas à análise dos bens supra-individuais, mas também dos bens individuais, passando a analisar sob o ponto de vista social o papel de cada um dos interlocutores na sociedade de risco, inclusive passando a rever o papel da “vítima”, já que o contato da vítima pode ter contribuído decisivamente para o resultado, o que poderia excluir qualquer responsabilidade do “autor”. JAKOBS, Günther, *A imputação objetiva no direito penal*, p. 31/34.

<sup>124</sup> CALLEGARI, André Luís, *Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal*, p. 468-475. Cftb. JAKOBS, Günther, *A imputação objetiva no direito penal*, p. 26/33.

Segue escalada de cada um dos critérios para definição do risco como permitido ou proibido, fornecidos pela imputação objetiva, tendo em vista os papéis dos interlocutores (autor e vítima) nos contatos sociais:

As normas regulamentares dizem respeito à permissão expressa do risco, nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. O risco permitido é aferido na própria lei. Entretanto, não sendo o risco considerado permitido na *lex*, segue análise baseada em outros critérios.

No que tange às normas sem regulamentação, referem-se às “normas de cuidado” nos delitos culposos: *lex artis* e precauções. Aqui, a conduta que gera um risco deve ser analisada com base na prudência.

Nos cursos causais irregulares em que o risco é improvável, a conduta deve ser considerada normal, por não gerar um risco relevante para a sociedade.

O princípio da confiança se presta para delimitar a responsabilidade de cada agente no âmbito do grupo. Se, cada pessoa do grupo tem uma função, com base na relação de confiança no papel do autor, parte-se do pressuposto de que cada membro do grupo cumprirá com seu papel, não podendo, caso um deles venha a violar o papel, implicar os demais membros do grupo.

O princípio da proibição de regresso baseia-se no papel do profissional. Assim, quem dá uma contribuição inicial subjetivamente dolosa ao autor, mas restrita ao seu papel como profissional, não pratica uma conduta criminosa,

pois atende às expectativas sociais dentro daquilo que se pode esperar do papel.

A imputação no âmbito do comportamento da vítima baseia-se na atuação em conjunto e no princípio da auto-responsabilidade da vítima. Assim, há responsabilidade pessoal da “vítima” quando atua em conjunto com o “autor” no âmbito de sua responsabilidade, o que exclui a responsabilidade deste (“autor”). Este último critério tem aplicação principalmente na análise dos bens individuais, em que a vítima contribui decisivamente para o resultado.

#### **4.3.3.3 Aplicação prática da imputação objetiva**

À guisa de emprego da imputação objetiva, toma-se o fato concreto e faz-se sua comparação com o fato hipotético ou ideal, por meio dos critérios normativos acima elencados, para verificar se houve violação do papel do autor, hipótese em que há imputação objetiva.

Os critérios sucedem do mais genérico (normas regulamentadas) para o mais específico (normas sem regulamentação; princípio da confiança; proibição de regresso; imputação no âmbito do comportamento da vítima) e,

constatando que o comportamento do autor foi correto, sua conduta é atípica.<sup>125</sup>

Daí se verifica a importância da imputação objetiva diante das incertezas do risco, o que atende à dignidade humana. Com isto, diminui a possibilidade de decisões arbitrárias, já que o operador do direito terá de desafiar critérios objetivos de imputação.

Crítérios de imputação que, aliás, não se resumem às normas regulamentadas. A imputação objetiva, transformando a teoria geral do delito, modificou o conceito de ação ilícita que corresponde ao dissenso com os valores sociais das normas do grupo<sup>126</sup>, por via de consequência, não restringe sua aplicação a uma análise *ex vis legis*, mas também, levando-se em consideração a práxis social (comportamento socialmente adequado), uma vez que o texto de lei deve estar conectado à realidade social.<sup>127</sup>

Assim, ainda que a conduta do agente não observe todas as medidas de precaução possíveis, é a situação concreta que classificará o risco como permitido ou proibido<sup>128</sup>, por meio do emprego da imputação objetiva, que tem como missão verificar, justamente, qual o significado do tipo penal e, se a

---

<sup>125</sup> CALLEGARI, André Luís, *Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal*, p. 468-475.

<sup>126</sup> CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *Imputação objetiva no direito penal brasileiro*, p. 98.

<sup>127</sup> CALLEGARI, André Luís, *Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal*, p. 480-481.

<sup>128</sup> *Idem*, p. 416.



conduta realizada, ainda que inserta em determinado tipo preenche este significado.<sup>129</sup>

Portanto, constitui a imputação objetiva verdadeira garantia do cidadão contra os abusos da imputação de uma dogmática lógico-formal ao limitar o alcance do tipo penal, bem como para corrigir distorções de uma eventual atecnia legislativa na criação de tipos penais abertos com conteúdo subjetivo e que dão margem a uma interpretação dúbia, o que, indiscutivelmente, fere a legalidade.

Não basta a mera adequação formal para o preenchimento do tipo penal, sendo necessário, modernamente, a verificação de que a conduta pode ser vista com o significado social ao qual o tipo penal faz referência.<sup>130</sup>

À luz da imputação objetiva, um resultado somente pode ser atribuído ao agente caso haja um risco juridicamente relevante e desautorizado socialmente, o que será estabelecido através de um nexó objetivo-normativo. Com isso, imputa-se o resultado somente depois da prévia análise da conduta considerada proibida.

#### **4.3.4. Equilíbrio reflexivo – ajuste das garantias positivas com os direitos humanos do imputado (garantias negativas)**

---

<sup>129</sup> CALLEGARI, André Luís, *Gestão temerária e o risco permitido no direito penal*, p. 415.

<sup>130</sup> CALLEGARI, André Luís, *ob. cit.*, p. 416.

O direito penal deve cumprir com sua missão de proteger os bens jurídicos fundamentais, o que inclui os bens meta-individuais.

Tipos penais abertos, com elaboração de tipos penais de perigo e normas penais em branco são fundamentais para a preservação do bem coletivo que coloca em risco o gênero humano do qual a humanidade se torna responsável (garantismo positivo).

Por outro lado, tendo em vista o princípio do não retrocesso, é vedado desconsiderar uma conquista fundamental irrenunciável, de forma que o garantismo positivo deve se ajustar ao garantismo negativo.

#### **4.3.4.1 Direito penal na era global - adensamento dos direitos humanos - garantismo positivo ajustado ao garantismo negativo.**

A sociedade do pós-industrial, hedonista, de massa e relações objetivas, se revela de enorme complexidade, tendo resultado no fenômeno denominado globalização e na estipulação de um novo paradigma consubstanciado no risco social, que coloca em xeque os direitos humanos de 3ª dimensão que cuidam do próprio gênero humano.

Com isto, está a se exigir uma postura positiva do Estado para assegurar à paz social (garantismo positivo).

Por outro lado, é preciso ter linha de consideração que a interferência do Estado deve ser limitada ao estritamente necessário para assegurar à paz social, o que está a exigir cuidados na produção legislativa e na sua aplicação para proteção dos bens jurídicos meta-individuais.

A paz social e a defesa da vítima e da sociedade jamais será implementada se o imputado tiver sua humanidade desconsiderada.

A fraternidade cessa onde a crueldade começa. É por isso que a Magna Carta veda a penal cruel<sup>131</sup>, categoria que pode ser tomada de gênero. Nesse sentido, qualquer violação à dignidade da pessoa humana é cruel.

É preciso na construção da lei e na sua aplicação considerar todos os feixes que decorrem dos direitos humanos. Considerar o feixe individual, mas ao mesmo tempo, o feixe social e o difuso e coletivo. São todos feixes indissociáveis<sup>132</sup> que não podem ser rompidos, mas devem ser harmonizados pelo ideal da fraternidade para dar satisfatividade aos direitos humanos em todas as dimensões.

Como explica o professor Ricardo Hasson Sayeg numa de suas memoráveis aulas, dois corpos que são assimétricos não podem ser atritados, pois o mais fraco será esmagado pelo mais forte, sendo que ao ser criada uma lei forçosamente sob a alegação da eficiência para proteger o bem jurídico meta-individual, não se pode admitir o rompimento dos direitos humanos

---

<sup>131</sup> Constituição Federal Brasileira de 1988, artigo 5º, inciso XLVII – não haverá penas: e) cruéis.

<sup>132</sup> SAYEG, Ricardo Hasson. Tese de livre docência em direito econômico depositada na Puc-sp, p. 11.

impregnados na consciência dos povos, o que contraria os ideais do modelo democrático que respeita os direitos humanos em todas as dimensões.

Assim, na criação e aplicação da lei penal, faz-se mister, um equilíbrio reflexivo considerando-se os direitos humanos em todas as dimensões, o que somente será possível pelo ideal de fraternidade.

Conforme assinala Dworkin citado por Sayeg: “cada qual deve sopesar em ser responsável com seu próprio bem; com sua responsabilidade pelo bem coletivo. Não se trata de individualismo nem de coletivismo, mas sim, da dignidade do ser humano, de quem e para quem se é fraterno”.<sup>133</sup>

Nesse diapasão, na tutela dos bens meta-individuais, torna-se necessário um ajuste entre o garantismo positivo e o garantismo negativo das liberdades individuais, para aplicação do direito penal conformado aos direitos humanos nas 3 dimensões. Esta deve ser a finalidade a ser perseguida. Não exclusivamente o direito à liberdade, nem tampouco o direito à segurança ou à paz social, até porque todos esses direitos constituem formas de realização da dignidade da pessoa humana.

Equilíbrio reflexivo – ajuste do sistema aberto para proteção dos bens meta-individuais (garantismo positivo) sob o ponto de vista das garantias negativas do imputado, considerando-se ainda a 2ª dimensão, para aplicação do direito penal adensado aos direitos humanos em todas as 3 dimensões:

---

<sup>133</sup> SAYEG, Ricardo Hasson, Tese de livre docência depositada na Puc-sp, p. 60.

1. O tipo penal aberto deve ser construído com observância do princípio da legalidade e atender o princípio da ofensividade do bem jurídico.

2. A tipicidade é aberta, mas a responsabilidade penal através da imputação objetiva é compreendida pelos direitos humanos, o que atende aos princípios garantistas do direito penal que decorrem da consideração absoluta da pessoa humana.

Senão vejamos a aplicação adensada dos direitos humanos, para assegurar o tríplice ideal de liberdade, igualdade e fraternidade.<sup>134</sup>

*1. Equilíbrio reflexivo na construção do tipo penal:*

*1.1. O tipo penal aberto para proteção dos bens supra-individuais (3ª dimensão) deve atender o princípio da legalidade (1ª dimensão).*

O tipo penal aberto deve trazer dados seguros para que possa ser perfeitamente identificável a conduta proibida.

Dessa forma, o legislador, a partir do bem jurídico penalmente tutelado, deve esclarecer os referenciais de situações que geram riscos à sociedade.

Isto posto, é vedado inserir condutas sem o esclarecimento do referencial, já que uma descrição genérica significa o mesmo que inexistir qualquer descrição, violando a garantia da legalidade.

Ressalte-se, ainda, que o tipo penal deve trabalhar com elementos objetivos e não com dados subjetivos e que dão azo a uma interpretação dúbia, o que violaria a garantia da legalidade ao mesmo tempo em que inibe a

---

<sup>134</sup> SAYEG, Ricardo Hasson, *Tese de livre docência em direito penal econômico depositada na PUC-SP*, p. 144.

esfera de liberdade do cidadão. Assim, o tipo penal deve fornecer de forma objetiva os referenciais que permitem aferir riscos específicos ao bem jurídico.

*1.2. O tipo penal aberto para proteção dos bens supra-individuais (3ª dimensão) deve atender o princípio da ofensividade (1ª dimensão).*

A sociedade do pós-industrial criou um novo paradigma consubstanciado no risco.

Assim, diante do novo paradigma, os tipos penais devem trabalhar com o risco, o que implica na criação de tipos penais de perigo que significa dano em potencial.

Sob a ótica do dano em potencial, somente pode ser admitida a tipicidade do tipo penal de perigo quando houver um risco relevante e específico ao bem jurídico, o que implica no reconhecimento da situação de perigo.

*2. Equilíbrio reflexivo pela aplicação da imputação objetiva compreendida pelos direitos humanos para responsabilização penal.*

Inicialmente, há de se esclarecer, que imputação objetiva não é responsabilidade penal objetiva.

A imputação objetiva consiste numa teoria criada a partir do risco e estabelece uma nova forma de análise da tipicidade para atribuição da responsabilidade penal, o que traz maior segurança à esfera de liberdade do cidadão.

A aplicação da imputação objetiva, entretanto, deve ser conformada pelos direitos humanos:

*2.1. A imputação objetiva ampliou o tipo penal objetivo para abranger os valores sociais vigentes.*

A imputação objetiva é uma teoria que surge a partir dos riscos sociais e permite a aplicação adensada dos direitos humanos.

A nova política-criminal é baseada no princípio da precaução para proteger os bens supra-individuais dos riscos de um mundo globalizado (3ª dimensão), sendo que a imputação objetiva consiste na conformação dos direitos difusos com os direitos de liberdade (1ª dimensão), vez que somente admite como típico o risco relevante ao bem jurídico, o que atende a garantia negativa da ofensividade.

A imputação objetiva, na análise da tipicidade, ampliou o tipo objetivo ao mesmo tempo em que reduziu o tipo subjetivo, que somente passa a ser analisado após o reconhecimento de um risco social relevante ao bem jurídico.

Dessa forma, a imputação objetiva conformada pelos direitos humanos, encontra apoio no culturalismo jurídico em que a norma não pode ser analisada utilizando-se de uma lógica formal clássica, mas através de um juízo crítico, que passa a considerar o valor social vigente para dar significado ao tipo penal e verificar se a conduta realizada, ainda que inserta em

determinado tipo, preencha esse significado, o que atende os direitos humanos no seu tríplice ideal de liberdade, igualdade e fraternidade.

O juízo crítico equivale ao juízo normativo o que está a exigir uma interpretação prévia do operador do direito que, tendo em vista o valor social vigente, não poderá esgotar a análise do significado do tipo penal na regulamentação fixada pela lei, pois a referência está ainda na práxis social.

## *2.2. Equilíbrio reflexivo na aplicação da tipicidade subjetiva.*

A teoria da imputação objetiva alterou o conceito de conduta, conceituando como o comportamento em dissenso com os valores reconhecidos pelo grupo social, que decorrem de interpretação do significado social da conduta ao qual o tipo penal faz referência.<sup>135</sup>

Assim, analisa-se primeiramente a tipicidade objetiva, para após, analisar a tipicidade subjetiva.

Todo tipo penal é doloso, estando o dolo implícito ao tipo incriminador. Excepcionalmente, o tipo penal pode ser culposos, devendo a forma culposa estar prevista expressamente em lei.

Isto posto, visando estabelecer um equilíbrio reflexivo, cumpre fazer uma observação fundamental para conformar a imputação objetiva aos direitos humanos.

A abalizada doutrina que defende a imputação objetiva estabelece como um dos critérios para análise do risco as normas de cuidado.

---

<sup>135</sup> CAMARGO, Anatonio Luís Chaves, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 98.



Ocorre que tais normas implicam na análise dos elementos do crime culposo. Assim, tal critério somente pode ser aplicado quando o tipo penal aberto de perigo prever expressamente a forma culposa, o que atende o princípio da legalidade em observância à excepcionalidade do crime culposo.

Com isto, não se pode utilizar critério aplicável à forma culposa para atribuir a responsabilidade por um crime doloso.

Assim, caso tenha relevância a conduta na forma culposa, deve estar prevista expressamente em lei.

*2.3. Necessidade de um Poder Judiciário Humanizado e conectado com os valores sociais.*

Os direitos humanos exigem uma prestação jurisdicional fraterna<sup>136</sup>, isto é, que respeite o cidadão, e, acima de tudo, assegure os direitos humanos em todas as dimensões.

É indiscutível que o operador do direito cético ao humanismo e plugado a uma lógica-formal despida de valor, não está preparado para lidar com esta nova realidade.

O juiz tem função primordial no modelo democrático por zelar pelos direitos humanos, o que está a exigir um profissional atento à realidade social, pressuposto fundamental para implantação e êxito de uma nova dogmática para lidar com o paradigma do risco.

---

<sup>136</sup> SAYEG, Ricardo Hasson, *ob. cit.*, p. 86.

Assim, o Juiz na aplicação do direito, deve exercer um juízo crítico para abstrair o significado social da conduta, para somente após aplicar o direito com o adensamento dos direitos humanos. Do contrário, caso insista na sua aplicação utilizando-se de uma lógica-formal, sem qualquer juízo crítico, que não é adequada para lidar com a sociedade de risco, significa reconhecer, que o risco se voltou contra a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito.

### *3. Equilíbrio reflexivo - ônus probatório nos crimes de perigo.*

Apesar de algumas considerações tímidas no capítulo seguinte por não ser o foco deste trabalho o processo penal em face da sociedade de risco, vale antecipar os seguintes comentários para contextualização do ônus da prova no equilíbrio reflexivo:

A teoria da imputação objetiva somente admite a tipicidade quando há ocorrência de um risco relevante e específico ao bem jurídico.

Portanto, seja o crime de perigo concreto ou abstrato, só há tipicidade, se houver um risco relevante ao bem jurídico penal.

Assim, para efeito de responsabilização penal, deverá o Ministério Público provar:

*3.1. A existência de um risco relevante e específico ao bem jurídico por meio da imputação objetiva, o que implica no reconhecimento da situação de perigo;*

*3.2. Demonstrado o risco relevante e específico ao bem jurídico, faz-se posterior análise do elemento subjetivo que deve ser provado, assim como a antijuridicidade e conseqüente culpabilidade para responsabilização penal.*

Com isto, restam atendidos os princípios da legalidade e ofensividade do tipo penal a que cabe o Ministério Público provar com análise ampla do risco através da imputação objetiva e, ainda, em atenção à regra processual e unidirecional do ônus da prova, cumpre ainda provar o elemento subjetivo, antijuridicidade e conseqüente culpabilidade.

Num modelo democrático em que se recepcionou, de forma incondicional, os direitos humanos em todas as dimensões, é necessário um ajuste entre as garantias positivas e negativas, resultando na aplicação do direito conformado com os direitos humanos, para assegurar o tríplice ideal de liberdade, igualdade e fraternidade.

## CAPÍTULO V - DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

### 5.1. Da regra de distribuição do ônus da prova no processo penal

Trata a presunção de inocência de derivação direta do devido processo legal.

É assim que tratou Marco Antonio Marques da Silva:

*“Como consequência direta do princípio do devido processo legal, instalou-se na doutrina e nas legislações o denominado princípio da presunção de inocência”.*<sup>137</sup>

O princípio da presunção de inocência é visto sob três aspectos como ressalta Gustavo Badaró:

1. *Político: garantia do estado de inocência*
2. *Probatório: identidade como o in dubio pro reo.*
3. *Regra de tratamento do acusado.*

E, como observa o ilustre doutrinador, os três aspectos da presunção de inocência podem ser extraídos, sem qualquer exclusão, da garantia constitucional do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1.988.<sup>138</sup>

No presente estudo, importa focar o aspecto probatório, entretanto, é mister fazer uma escoteira análise do aspecto político, a fim de verificar a

---

<sup>137</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da, *Juizados Especiais Criminais*, p. 49.

<sup>138</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Ônus da prova no processo penal*.

importância do citado princípio, inclusive, pela sua localização topográfica na Carta Federal.

### 5.1.1. Aspecto político

*“O princípio da presunção de inocência é reconhecido atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal, como instrumento de garantia”.*<sup>139</sup>

Todo indivíduo nasce livre e tem a liberdade entre seus direitos fundamentais<sup>140</sup>. O direito à liberdade é assegurado por várias garantias, entre as quais se inclui a presunção de inocência (inciso LVII, do artigo 5º), incluída no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal de 1.988; logo, considerada cláusula pétrea.

Sob o ponto de vista político quanto ao sentido de liberdade: o indivíduo nasce livre e permanece livre até que, inobservada regra legal e sobrevindo sentença penal condenatória transitada em julgado, perca a liberdade com o afastamento do seu estado de inocência.

---

<sup>139</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 283/284.

<sup>140</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 284.

### 5.1.2. Aspecto probatório

Presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*, sendo vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante.

Havendo dúvida outra solução não há que a absolvição.

No processo penal, o ônus da prova incumbe inteiramente ao Ministério Público que, diante da garantia constitucional do *in dubio pro reo*, deve provar todos os elementos do delito.

O conceito analítico de crime varia segundo a orientação doutrinária. Para Welzel, crime é fato típico, antijurídico e culpável. Nesse sentido, como ressalta Gustavo Badaró:

*“a regra do art. 156 do CPP, nas ações penais condenatórias, deve ser interpretada em conjunto com o art. 41, que estabelece o dever de o Ministério Público de narrar, na denúncia, o fato criminoso com todas as suas circunstâncias. E nunca é demais ressaltar que o fato criminoso não pode ser entendido, apenas, como a conduta típica. A denúncia somente pode ser oferecida e recebida se não tiver ocorrido alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade.”<sup>141</sup>*

Sob o auspício da presunção de inocência, no processo penal, o *in dubio pro reo* é uma regra de julgamento unidirecional, no sentido de que o Ministério Público deve provar a acusação que corresponde à prática delitiva,

---

<sup>141</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Ônus da prova no processo penal*, p. 257/258.

enquanto que o acusado não precisa provar absolutamente nada no processo, já que sendo presumivelmente inocente, não possui nenhum ônus probatório no processo penal.

Não havendo certeza, mas dúvida sobre o fato *sub judice*, vale a aplicação do brocardo jurídico de que é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente.

Na doutrina de José Carlos Pagliuca, o princípio regido pelo inciso LVII do art. 5º de nossa Carta Magna:

*“modifica o objeto da prova no processo penal, dispensando o acusado de demonstrar sua inocência; impõe ao magistrado o dever de absolver o réu no caso de dúvida quanto à autoria ou à materialidade do fato criminoso (in dubio pro reo)”*.<sup>142</sup>

### **5.1.3. Crimes de perigo – ônus da prova e presunções (absoluta e relativa)**

Para o entendimento na doutrina de que na presunção relativa é admissível prova em sentido contrário; e de que na presunção absoluta, sendo o prejuízo presumido, não se admite prova em contrário.

A presunção relativa consiste em deduzir a partir de um fato determinado o fato principal, provocando uma alteração na regra de

---

<sup>142</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenador), *ob. cit.*, p. 243.

distribuição do ônus da prova, o que segundo Gustavo Badaró é inadmissível no processo penal por violar a presunção de inocência.<sup>143</sup> Ora, o acusado não precisa provar absolutamente nada no processo penal para ser considerado inocente. Quem sustenta o contrário, confunde a regra de distribuição do ônus da prova do processo penal com a do processo civil.

Assim, não há como se estabelecer presunção relativa no processo penal *contra reum*, entretanto, nada impede que se estabeleçam presunções a favor do acusado.

Por outro lado, é disseminada a idéia entre os operadores do direito de que o tipo penal ao estabelecer uma presunção relativa, permite que o réu prove o contrário.

Sob o enfoque presunção nos crimes de perigo, sustenta-se, equivocadamente, grande parte da doutrina:

A presunção nos crimes de *perigo concreto* é relativa, o que vale dizer, faculta-se ao réu provar, para que seja absolvido, que não houve uma situação de perigo;

A presunção nos crimes de *perigo abstrato* é considerada absoluta, i.e., realizada a conduta, é o que basta para adequação típica, estando o Ministério Público dispensado de provar o perigo, já que presumido.

---

<sup>143</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi, *Ônus da prova no processo penal*, p. 271.



Antes de melhor analisar a questão, vale ressaltar observação de Gustavo Badaró, no sentido de que apesar de parecer estranho, a presunção relativa é inadmissível no processo penal, ao contrário da presunção absoluta.

Isto porque, a presunção absoluta nada tem a ver com a prova, mas com o próprio tipo penal, pois:

*“sendo uma regra de direito material, que caracteriza uma especial forma do legislador estabelecer um tipo penal, ela deverá obedecer a outros princípios da teoria do delito.”<sup>144</sup>*

Assim, o Ministério Público terá de provar os elementos do tipo penal atendendo aos princípios comuns de direito penal.

Questiona-se na doutrina se os tipos penais de perigo abstrato atendem ao princípio da lesividade do bem jurídico.<sup>145</sup>

A opção legislativa por crimes de perigo abstrato, com especial cuidado, é perfeitamente admissível na proteção de bens jurídicos meta-individuais. Nesse sentido, vem a talha de foice a Resolução do Colóquio nº 8; e no âmbito nacional, manifestações do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade de diversos crimes de perigo abstrato.

É de se destacar, à luz da teoria da imputação objetiva que somente o risco juridicamente relevante e não autorizado para o bem jurídico pode ser atribuído ao acusado, o que atende ao princípio da lesividade do bem jurídico.

---

<sup>144</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi., *Ônus da prova no processo penal*, p. 271.

<sup>145</sup> A esse respeito vide Capítulo IV, item 4.3.1.

Sob a ótica da imputação objetiva, o Ministério Público não ficaria dispensado de demonstrar o risco relevante e proibido ao bem jurídico nos crimes de perigo, abstrato ou concreto, pois sendo o risco irrelevante, o fato é atípico. Assim, deve fazer análise *ex ante* e *ex post* do risco, através da imputação objetiva.

A tipicidade aberta deve ser compreendida com a imputação objetiva conformada com os direitos humanos. O tipo penal é aberto, mas a responsabilidade penal, através da imputação objetiva é limitada por uma análise prévia dos riscos gerados pela conduta de acordo com os valores sociais vigentes.

Só é possível admitir a tipicidade nos crimes de perigo, seja concreto ou abstrato, se houver um risco relevante e específico ao bem jurídico, o que atende a dignidade da pessoa humana. Portanto, para efeito de responsabilização penal deverá o Ministério Público, à luz da imputação objetiva, inicialmente, fazer análise do tipo objetivo de acordo com os valores sociais vigentes, para imputação da conduta que representa um risco relevante e específico ao bem jurídico, o que implica no reconhecimento da situação de perigo para imputação da conduta, com posterior análise do elemento subjetivo, que deve ser provado, assim como a antijuridicidade e conseqüente culpabilidade para responsabilização penal.

Sintetizando o exposto:

Não existe presunção *contra reum* no processo penal tendo em vista a garantia da presunção de inocência, de forma que o acusado não precisa provar absolutamente nada no processo penal para ser declarado inocente.

Os crimes de perigo não alteram a regra de distribuição do ônus da prova, de forma que o Ministério Público, seja o crime de perigo concreto ou de perigo abstrato, deve provar os elementos do tipo com atenção aos princípios comuns do direito penal, de forma que terá de demonstrar o risco relevante e proibido ao bem jurídico, até porque, sendo o risco irrelevante, há atipicidade da conduta.

## **5.2. Novas regras - Inversão do ônus da prova no combate à criminalidade globalizada?**

A dogmática no âmbito do processo penal também apresenta novos mecanismos, objetivando uma maior eficiência, no combate à criminalidade globalizada.

Inicialmente, há de se ressaltar a admissão de tratamento constitucional diferenciado no combate à criminalidade organizada.<sup>146</sup>

Assim, tendo em vista a estrutura complexa do crime organizado, a Lei nº 9034/95 além de contribuir para admissão e regulamentação de mecanismos já existentes para colheita da prova (delação premiada;

---

<sup>146</sup> A esse respeito vide Capítulo IV – item 4.1.

interceptação telefônica; interceptação ambiental; quebra dos sigilos: fiscal, bancário e financeiro), introduziu novos institutos para assegurar uma maior eficiência na busca da prova: ação controlada e infiltração de agentes, sendo que, frise-se aqui, os novos mecanismos somente podem incidir no combate ao crime organizado, e não em face da criminalidade tradicional.

No campo processual, a despeito de uma maior eficiência no combate ao crime globalizado, vale ressaltar ainda, apoucadas vezes na doutrina sustentando a inversão do ônus da prova sob a ótica patrimonial e punitiva no processo penal em face do crime organizado.<sup>147</sup>

De se ressaltar, inicialmente, que uma coisa é criar novos mecanismos para produção da prova no combate ao crime globalizado, porém respeitando as garantias negativas do imputado, enquanto que outra bem diferente é a de “dispensar” o Ministério Público de provar o alegado, atribuindo ao acusado o ônus de demonstrar sua inocência, o que é inadmissível no modelo democrático.

A seguir, sucede análise do posicionamento de inversão do ônus da prova na vertente punitiva e patrimonial no combate ao crime globalizado:

---

<sup>147</sup> MONNERAT, Carlos Fonseca, *Inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro em face da criminalidade moderna*.

### 5.2.1. Inversão do ônus da prova sob a ótica punitiva

O ilustre Magistrado Carlos Fonseca Monnerat, diante do crescente avanço da criminalidade, defende a inversão do ônus da prova no processo penal em face do crime organizado.

Em que pese a posição do ilustre Magistrado Carlos Fonseca Monnerat, a referida inversão além de contrariar a essência do princípio da presunção de inocência no seu aspecto político e probatório, sequer pode ser objeto de análise, eis que o princípio da presunção de inocência foi erigido ao *status* de garantia fundamental, portanto, cláusula pétrea, que não pode ser objeto nem mesmo sequer de emenda constitucional.

No processo penal, como já ressaltado, o ônus da prova incumbe inteiramente ao Ministério Público. O acusado não tem nenhum ônus probatório no processo penal, em vista da garantia da presunção de inocência.

Isto posto, analisando o princípio da presunção de inocência, de se ressaltar, diante da sistemática constitucional, a inadmissibilidade da inversão do ônus da prova em matéria de crime globalizado:

A um, porque a identificação da regra de julgamento com o *in dubio pro reo* revela o conteúdo garantista do ônus da prova no processo penal.

A dois, porque a presunção de inocência foi considerada cláusula pétrea por nossa Carta Federal, portanto, na condição de cláusula pétrea, não seria

possível uma emenda constitucional visando uma presunção contrária ao acusado.<sup>148</sup>

Como ressalta Gustavo Badaró:

*“a busca da maior eficiência na repressão penal deve sempre ter como limite os direitos e garantias individuais que a Constituição e as cartas internacionais de direitos humanos asseguram aos acusados”.*<sup>149</sup>

### **5.2.2. Inversão do ônus da prova sob a ótica patrimonial**

A criminalidade moderna vem se destacando pelo sofisticado nível organizacional, fruto do grande poderio econômico decorrente das vultuosas quantias em dinheiro que estruturam o crime organizado.

Os proventos auferidos pelo crime organizado, necessariamente, passam por um processo de ocultação ou dissimulação, objetivando dar aparência lícita.

Referido processo de branqueamento de capitais corresponde a um ciclo imprescindível para fortalecimento da estrutura do crime organizado; além de, obviamente, propiciar uma vida luxuosa aos donos do negócio.

---

<sup>148</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. Ônus da prova no processo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 362.

<sup>149</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. Ônus da prova no processo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 367.

Diante da conjuntura atual de inegável avanço do crime organizado, foram criados instrumentos eficientes para combate de crimes repugnantes relacionados com a própria lavagem.

Nesse diapasão, à guisa de instrumentos de proteção contra a espinha dorsal do crime organizado, i.e., a renda dos criminosos, pode-se citar:

*Na esfera administrativa:*

- *A fiscalização permanente da pessoa jurídica, que fica obrigada a informar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) a relação de operações suspeitas.*

*Na esfera judicial:*

- *Confisco de dinheiro e dos bens aferidos pelo crime organizado.*

Inegável que o verdadeiro e eficaz combate às organizações criminosas dá-se principalmente através de práticas que inviabilizem os criminosos de poder usufruir dos proveitos obtidos com a atividade ilícita, fazendo cessar o eixo dinheiro-poder que dá sustentação e viabiliza a impunidade dos crimes.

Nesse diapasão, o seqüestro de bens, direitos ou valores, constitui eficaz instrumento de quebramento da estrutura do crime organizado.

A lei nº 9.613/98 - que atende as diretrizes básicas do modelo traçado para combate à lavagem de capitais - estipula regras de direito material e processual. Importa, *in casu*, destacar os Capítulos II e III, que traz, respectivamente, disposições acerca da apreensão e seqüestro de bens, direitos ou valores, e os efeitos da condenação.

A citada lei, disciplina regramento específico no que tange à medida acautelatória do seqüestro, e, naquilo que não especifica, se reporta ao disposto nos artigos 125 a 144 do Código de Processo Penal.

A medida cautelar do seqüestro de bens se consubstancia na retenção de coisa sobre cuja propriedade haja controvérsia.

A lei de branqueamento de capitais no que diz respeito ao regramento específico na aplicação da medida assecuratória supra, ressalva, *in* seu artigo 4º, parágrafo 2º:

*“O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem.”*

O apontado dispositivo de lei trazido à colação ensejou controvertida interpretação.

Nesse sentido é que segundo Ada Pelegrini Grinover, o disposto no parágrafo 2º do artigo 4º da lei em comento, criou regra de inversão das medidas coercitivas para que o acusado obtenha a liberação dos bens.

Conforme já ressaltado a questão não é pacífica, pois conforme acentua Luis Flávio Gomes, ao se admitir o seqüestro de bens com inversão do ônus *probandi*, seria:

*“interpretação completamente absurda e inconstitucional, com flagrante violação ao princípio da presunção de inocência. O que o citado parágrafo quer dizer é o seguinte: durante o curso do processo, tendo havido apreensão ou seqüestro de bens, se o*



*acusado, desde logo, já comprovara sua licitude, serão liberados imediatamente, sem necessidade de se esperar a decisão final.”<sup>150</sup>*

Por outro lado, com a devida vênia, os direitos fundamentais, precipuamente para hipótese, a presunção de inocência, não restaria violada ante a regra de inversão do ônus da prova para o seqüestro de bens, veja-se:

A Convenção de Viena de 1.988 prevê expressamente a autorização para a previsão legal da inversão do ônus da prova, remetendo a cada parte (país) a sua consideração. É o teor do seu artigo 5º, nº 7, *in verbis*:

*“Cada uma das partes considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem ilícita do suposto produto ou bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de seu direito interno e com a natureza dos seus procedimentos judiciais e outros procedimentos.” (grifamos).*

É preciso buscar a essência que motivou os dispositivos acerca do crime de lavagem de capitais. De se obtemperar que a lei nº 9.613/98, apenas reproduziu as diretrizes da Convenção de Viena, ratificada pelo Brasil, de forma a admitir, em matéria de confisco de bens do crime organizado, a inversão do ônus da prova.

Apenas *ad argumentandum*, apesar da lei diferir claramente, não se venha querer equiparar situações desiguais, já que o seqüestro previsto no Código de Processo Penal de 1.941 diz respeito a bens determinados, dada a simplicidade da situação jurídica enfrentada, o que não se coaduna com a complexidade do processo de lavagem.

---

<sup>150</sup> GOMES, Luis Flávio. Boletim do IBCCrim nº 65, p.11.

O processo de branqueamento, a partir do proveito aferido pelo agente com a prática do crime, passa por estágios: 1. Colocação: depósito em conta. 2. Acumulação: transferência de fundos para outras instituições. 3. Integração: aquisição de bens legítimos. É de se ver, que conforme os estágios vão avançando, torna-se maior o distanciamento da origem criminosa.

Assim, tendo em vista a estrutura do crime organizado e preparo intelectual de seus componentes, torna-se difícil a comprovação da ilicitude dos bens proveniente da atividade criminosa, ante os diversos métodos para branqueamento do capital, o que por si só, já exige um tratamento desigual em meio a situações desiguais.

Por outro lado, como já afirmado, a medida adotada não fere a presunção de inocência.

Marcelo Batlouni Mendroni faz as seguintes pontuações com extrema lucidez sobre a regra de inversão do ônus da prova à luz da presunção de inocência: “em meio a um complexo bolo de ingredientes lícitos e ilícitos, somente o próprio agente pode ser capaz de efetuar a correta separação.” Mas como ressalta, é preciso diferenciar:

*“a inversão do ônus referido pela lei aplica-se somente no que diz respeito à comprovação da licitude dos bens e não em relação à prova do(s) crime(s) de lavagem tipificado(s) na lei.”<sup>151</sup>.*

---

<sup>151</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni, *Crime de lavagem de dinheiro*.

Nesse sentido ainda é o posicionamento de Carlos Fonseca Monnerat, sob o intransponível fundamento de que a natureza do perdimento dos bens - inicialmente seqüestrado, para após, ser confiscado - é civil e não penal. Ora, a presunção de inocência diz respeito ao *status libertatis* do indivíduo em detrimento do direito de punir do Estado, e não no que concerne à matéria ressarcitória.

Condenação é ato do Juiz que, na sentença, aplica pena ao autor de uma infração penal. Os efeitos da condenação extrapolam os limites jurídico-penais para adentrar a outros ramos do direito. *In casu*, interessa apontar que o artigo 91 inciso II alínea 'b' do Código Penal traz como efeito genérico da condenação, o confisco, que se consubstancia na perda de bens (produto/proveito) de origem ilícita do particular em favor da União.

Nesse diapasão, sendo indiscutível que o perdimento dos bens, conforme artigo 91 inciso II alínea 'b' do Código Penal, diz respeito a efeito extrapenal da sentença condenatória - de natureza civil (ressarcitória), por conseguinte, havendo dúvida sobre a origem do patrimônio, admite-se inversão do ônus da prova.

Gustavo Badaró quanto à inversão da presunção de inocência sobre a ótica patrimonial, ressalta que:

*“os efeitos secundários da condenação é questão essencialmente civil, apenas resolvida no âmbito penal por opção do legislador, de forma que não há óbice constitucional a que se estabeleça a*

*inversão do ônus da prova quanto às medidas destinadas à reparação do dano causado pelo delito*”.<sup>152</sup>

É preciso dar efetividade às medidas previstas em lei. Do contrário, como bem salienta Mendroni: “*A Lei é como uma teia de aranha: se nela cai alguma coisa leve, ela retém; o que é pesado rompe-a e escapa.*”<sup>153</sup>

Portanto, é indiscutível a necessidade de uma adequação, tanto do direito penal quanto do direito processual penal, para que estejam preparados para lidar com os riscos de um mundo globalizado, mas para cumprirem com seus fins, o de proteger os direitos humanos em todas as dimensões, torna-se necessário um ajuste entre o garantismo positivo e o garantismo negativo em prol do bem comum.

---

<sup>152</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Ônus da prova no processo penal*, p. 368/369.

<sup>153</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni, ob. cit., p. 158.

## CONCLUSÕES

Os direitos humanos ou denominados fundamentais quando positivados, vistos em dimensões, correspondem aos direitos de 1ª dimensão - liberdades civis e políticas; direitos de 2ª dimensão - liberdades positivas, segurança pública e outros direitos sociais; e direitos de 3ª dimensão que dizem respeito à preservação do gênero humano - interesses difusos e coletivos.

Para que o ser humano atinja sua plenitude, deve ter assegurado a satisfação dos direitos humanos em todas as dimensões, que sequer precisariam ser positivados, vez que inerentes à sua dignidade.

O regime democrático é o que melhor se identifica com o sistema dos direitos humanos, já que recepcionou todas as dimensões, as quais devem ser garantidas pelo Estado que respeita de forma absoluta a pessoa humana.

Constitui objetivo do Estado Democrático de Direito, com grande carga valorativa, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, expressando as 3 dimensões dos direitos humanos que correspondem ao direito natural de liberdade, igualdade e fraternidade em adensamento.

A base para alcançar tais objetivos, consiste em cumprir as diretrizes do modelo democrático, com profundo comprometimento do Estado em dar satisfatividade aos direitos humanos em prol do bem comum.

O direito penal está inserido nos direitos humanos de 2ª e 3ª dimensão, mas sendo subsistema primário das tutelas individuais, também respeita a primeira dimensão.

Os avanços tecnológicos decorrentes da globalização resultaram no que se denominou sociedade de risco, de extrema complexidade e que trouxe uma série de novos interesses no âmbito jurídico, representando terreno fértil para proliferação de crimes que visem à violação da ordem econômica, quiçá, por ser a questão mais suscetível de alteração num mundo globalizado.

A doutrina reconhece os novos interesses meta-individuais, divergindo quanto aos limites de intervenção do direito penal, que deve ser orientado pelos direitos humanos, que foram positivados na Constituição Federal.

A Constituição Federal considera os bens meta-individuais como direitos fundamentais, de forma que, observado os princípios da *ultima ratio*, fragmentariedade e subsidiariedade, o direito penal deve intervir na proteção dos interesses difusos e coletivos.

Assim, torna-se necessário a criminalização de condutas extremamente lesivas à ordem econômica, meio-ambiente e outros interesses meta-individuais, e deixar, por outro lado, condutas que não sejam tão graves para o direito administrativo punir e regular.

Optando-se pela criminalização, observada a garantia da *ultima ratio*, o direito penal deve ser adequado ao novo paradigma consubstanciado no risco social o que enseja a necessidade de estabelecer um direito penal eficiente,

mas conformado pelos direitos humanos em todas as dimensões. Como ponto-de-equilíbrio para assegurar os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, deve-se proceder com a ponderação humanística do direito (proporcionalidade).

A sociedade de risco possui características próprias (glocalidade, indetectabilidade e indivisibilidade), que não se confundem com aquelas apresentadas pela criminalidade tradicional, estando a exigir uma atuação do Estado que possa cumprir com seu papel garantista positivo na proteção do bem comum, assegurando uma convivência harmônica em sociedade.

Reconhecido o fator de desigualação consubstanciado nas características da criminalidade globalizada que divergem das da tradicional, admite-se o *discrímen* no sentido de dispensar tratamento diferenciado na tutela do bem fundamental meta-individual visando à preservação do bem comum, sem negar, entretanto, as garantias negativas.

Para assegurar a efetividade do direito penal na tutela dos bens meta-individuais, deve-se, na esteira da nova dogmática jurídico-penal conformada aos direitos humanos, adotar os seguintes conceitos (garantismo positivo) que devem ser ajustados às garantias negativas: no campo da tipicidade, utilização de um sistema aberto com a elaboração de tipos penais de perigo, com emprego da imputação objetiva como limite da responsabilidade penal.

A adoção do sistema penal aberto é o mais adequado na proteção dos bens meta-individuais desde que conformado com os direitos humanos, tendo

em vista a complexidade da sociedade de risco e a dinâmica resultante das relações sociais de um mundo globalizado, já que não é possível prever todas as situações em razão do constante avanço tecnológico, e nem trabalhar com o dano, que não se sabe quando ocorrerá e em que proporções.

Não encontra espaço, na atual sociedade de risco, tipos penais fechados em matéria de criminalidade econômica, já que apoiado numa lógica formal que não corresponde à dinâmica desta sociedade, em que tudo se altera rapidamente.

Decorrência do sistema aberto é a elaboração de tipos penais incriminadores de perigo e normas penais em branco, possibilitando uma complementação feita na esteira dos modernos critérios econômicos.

Muito embora na proteção dos bens meta-individuais os tipos penais abertos passam a ser a regra, devem ser elaborados com atenção às garantias negativas do imputado, para dar satisfatividade aos direitos humanos em todas as dimensões.

A tipicidade aberta deve ser analisada por meio da imputação objetiva conformada aos direitos humanos, a fim de demonstrar a existência de um risco específico e relevante ao bem jurídico.

O ônus da prova no processo penal nos crimes de perigo, à luz da garantia constitucional da presunção de inocência, será sempre da acusação, que não pode em hipótese alguma ser “dispensada” da prova do fato. Nos tipos penais de perigo, concreto e abstrato, o Ministério Público terá de



demonstrar o perigo relevante e específico ao bem jurídico, não podendo basear a situação de perigo na lei.

Assim, na tutela dos bens meta-individuais, torna-se necessário um ajuste do garantismo positivo ao garantismo negativo das liberdades individuais, para que sejam os direitos humanos aplicados de forma adensada (considerando-se as 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup> dimensão) na consecução do bem comum. Esta deve ser a finalidade a ser perseguida, e não exclusivamente o direito à liberdade, nem tampouco o direito à segurança ou à paz social, até porque todos esses direitos constituem formas de realização da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Est. Constitucionales, 1993.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Processo civil e interesses difusos e coletivos: questões resolvidas pela doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2001.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. Editora RT.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

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

\_\_\_\_\_. *Os fins justificam os meios?* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 84, p. 9/10, São Paulo, nov. 1999.

CALLEGARI, André Luís. *Gestão temerária e o risco permitido no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 837/409-416, jul. 2005.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

D'AVILA, Fabio Roberto. SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (coord.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Coimbra: João Abrantes (Universidade de Coimbra), 1975.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização. "Sociedade de risco" e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *A teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 77/3-4, São Paulo, abril 1999.

FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. In “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, fascículo 2, abril/junho 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político-criminal*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Lei da Lavagem de Capitais: Aspectos processuais*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 65/10-11, São Paulo, abril 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In “Direito Constitucional”. Editora Malheiros, 2001.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigues Alflen da Silva, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1949.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2ª ed. corrigida, Madrid, 1997.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do direito penal*. Tradução: André Luís Callegari, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal V. 1ª Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Imputação objetiva*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. I, tradução de Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. *Os fins da pena no código penal brasileiro*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 167, São Paulo, out. 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

MONNERAT, Carlos Fonseca. *Inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro em face da criminalidade organizada moderna*. Tese apresentada à banca examinadora da PUC-SP para obtenção do título de doutor em direito.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 1999.

MUNÔZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1998.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Vol I. São Paulo: RT, 1978.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais – Tipo, Tipicidade e Bem Jurídico Universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo. *A Propósito de uma Crítica de Schünemann a Mir*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 84/11-12, São Paulo, nov. 1999.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, 3ª ed., Lisboa: Vega, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

\_\_\_\_\_. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. “Revista Brasileira de Estudos Criminais” – IBCCRIM n° 12.2004.

SAYEG, Ricardo Hasson. *Tese de livre docência em direito econômico apresentado perante a banca examinadora da PUC-SP*.

SILVA, Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução Dr. Afonso Celso Rezende. 2ª tiragem. Campinas-SP: Editora Romana.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELO, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.



# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)