

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Eduardo Luiz Michelan Campana**

**A fundamentação constitucional da tutela penal da ordem econômica**

**MESTRADO EM DIREITO**

**São Paulo**

**2011**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**PUC-SP**

**Eduardo Luiz Michelan Campana**

**A fundamentação constitucional da tutela penal da ordem econômica**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte.

**São Paulo**  
**2011**

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

Para Luciana, amor de minha vida, companheira de todas as horas, pelo carinho e incansável apoio e estímulo.

Aos meus pais, Antônio Carlos Campana (*in memoriam*) e Ercília Aparecida Michelan Campana (*in memoriam*), os quais me legaram uma das maiores heranças: a educação que tanto se esmeraram em me proporcionar.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte, paradigma de membro de Ministério Público e de Professor, por descortinar-me o Direito Penal Constitucional e a Teoria Geral do Direito em suas aulas sempre inspiradoras, impulsionando-me cada vez mais aos estudos e a dedicar-me à difícil, mas recompensadora, missão de ensinar, e ao mesmo tempo, humildemente, aprender.

À Professora Doutora Eloisa de Sousa Arruda, pelo constante incentivo e pela confiança em mim depositada no Departamento de Direito Penal e de Processo Penal da PUC/SP e na Escola Superior do Ministério Público.

Aos Promotores de Justiça Norberto Joia e Antonio Rodrigues Vilela, que são e sempre serão para mim parâmetro de conduta profissional, pela destacada atuação em suas carreiras, e como exemplos de vidas a serem seguidos, pelos conselhos imprescindíveis na elaboração do presente trabalho.

Às dedicadas e prestativas bibliotecárias do Ministério Público de São Paulo, Elizabeth Maria Canineo e Regina Midori Nagashima, por toda a solicitude em disponibilizar as obras necessárias para esta dissertação.

CAMPANA, Eduardo Luiz Michelan. *A fundamentação constitucional da tutela penal da ordem econômica*. 237 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

## RESUMO

O presente trabalho analisa a ordem econômica constitucional como uma fonte valorativa do Direito Penal. A investigação inicia-se com o impacto sobre o sistema punitivo das diferentes concepções de Estado, verificando-se quais as características do Direito Penal de um Estado Democrático e Social de Direito. A análise dos princípios e valores constitucionais penais, das teorias constitucionais sobre o bem jurídico-penal, dos mandados constitucionais de criminalização, dos institutos de Direito Penal Econômico e dos dispositivos que integram a Constituição econômica formal permite aquilatar o fundamento existente na Constituição Federal de 1988 para a intervenção penal com relação às condutas que lesionam ou colocam em perigo a ordem econômica. Os bens supraindividuais consagrados em nossa Lei Maior integram o núcleo social do Estado de Direito e reclamam sua promoção e proteção para a realização da justiça social, inclusive por meio da intervenção punitiva estatal em novos âmbitos, dentre os quais se destaca a ordem econômica. Do conteúdo e significado dos diversos dispositivos constitucionais que a disciplinam, os quais guardam congruência com os fundamentos e objetivos da República, avultam a relevância e a densidade axiológica da ordem econômica no Estado Democrático brasileiro. Os princípios, fundamentos e objetivos da ordem econômica revelam valores constitucionais de inegável importância, norte seguro para a aferição de sua dignidade penal, alavancando a investigação sobre o juízo de carência de tutela penal, legitimando a criminalização de condutas que a afetam com danosidade social, além de autorizarem a discussão sobre a existência de cláusulas de criminalização. A fundamentação constitucional da tutela penal da ordem econômica conduz necessariamente ao estudo do instrumental adequado para o enfrentamento da criminalidade econômica, o que demanda uma necessária abordagem do Direito Penal Econômico, um direito penal de perigo ou de risco, que se vale de tipos penais abertos, normas penais em branco e da interpretação analógica, ferramentas que, adequadamente empregadas, buscam conferir efetividade à intervenção punitiva estatal para a proteção da ordem econômica.

**Palavras chaves:** Estado Democrático de Direito – Sistema Punitivo – Princípios de Direito Penal – Bem jurídico-penal – Legitimação e Imposição de Criminalização – Ordem Econômica Constitucional – Direito Penal Econômico – Crimes Econômicos – Tipicidade.

CAMPANA, Eduardo Luiz Michelin. *Constitutional foundations for the criminal protection of the economic order*. 237 p. Dissertation (Master Degree in Law). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

## ABSTRACT

This dissertation analyzes the constitutional economic order as a value source of Criminal Law. The research starts by analyzing the impact on the criminal systems of the different conceptions of State, checking on the features of Criminal Law in a Democratic and Social Rule-of-Law State. Analyzing constitutional criminal principles and values, constitutional theories on the criminal-juridical good, constitutional subpoenas, Economic Criminal Law and dispositions that establish the formal economic Constitution, allows for evaluation of the foundation present in the Federal Constitution of 1988 for criminal liability regarding proceedings that harm, or put in harm's ways the economic order. The supra-individual goods established by the Constitution form the social basis of the Rule-of-Law and require their enforcement and protection so as to perform social justice, including by punitive state interventions in new scopes, among which the economic order stands out. From the ruling content and meaning of the various constitutional provisions that it brings, which are in accordance with the Republic's foundations and objectives, it is particularly noticeable the relevance and axiological density of the Brazilian democratic state's economic order. The principles, foundations and objectives of the economic order reveal constitutional values of undisputable importance, a safe direction to attest its criminal value, supporting the investigation about the lack of legal protection, legitimizing the criminalization of procedures that result in social harm, besides authorizing a discussion about criminalization clauses. Constitutional foundation for legal protection of the economic order leads necessarily to the study of adequate instruments to face economic crimes, which requires an approach of Criminal Economic Law, a criminal right that involves danger or risk, resorting to open criminal types, blank criminal regulations and analogical interpretation, all of which are tools that, when adequately applied, seek to confer effectiveness to the punitive state's intervention for the protection of the economic order.

**Key words** Democratic Rule-of-Law State – Punitive systems – Criminal Law Principles – Juridical-Criminal Good – Legitimation and Criminalization Imposition – Constitutional Economic Order – Criminal Economic Law – Economic Crimes – Specificity

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – Conceção de Estado e Direito Penal.....	13
1.1 O Estado pré-moderno .....	13
1.2 O Estado Liberal de Direito.....	17
1.3 O Estado Social de Direito.....	21
1.4 O Estado Democrático de Direito .....	26
CAPÍTULO II – Princípios de Direito Penal no Estado Democrático de Direito.....	36
2.1 Princípios e regras.....	36
2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	40
2.3 Princípio da Legalidade .....	47
2.3.1 Princípio da Reserva Legal.....	48
2.3.2 Princípio da Taxatividade ou da Determinação Taxativa .....	51
2.3.3 Princípio da Irretroatividade.....	53
2.4 Princípio da Culpabilidade .....	55
2.5 Princípio da Intervenção Mínima ou da Necessidade .....	57
2.6 Princípio da Ofensividade ou da Lesividade.....	59
2.7 Princípio da Proporcionalidade.....	61
2.8 Princípio da Insignificância .....	63
2.9 Princípio da Humanidade .....	65
CAPÍTULO III – O bem jurídico-penal .....	67
3.1 Evolução histórico-doutrinal do bem jurídico-penal .....	67
3.1.1 Feuerbach e Birnbaum: as origens do conceito .....	68
3.1.2 Franz von Liszt e Karl Binding: a visão positivista.....	71
3.1.3 Neokantismo e Finalismo .....	74
3.2 Teorias contemporâneas.....	76
3.2.1 Teorias sociológicas .....	77
3.2.2 Teorias constitucionais .....	83
3.2.2.1 Teorias constitucionais de carácter geral.....	84



3.2.2.2 Teorias constitucionais estritas.....	90
3.2.2.3 Teoria constitucional eclética ou mista.....	101
3.2.2.4 Teorias constitucionais do bem jurídico-penal e a doutrina brasileira.....	105
3.3 Conceito material de bem jurídico-penal.....	110
3.3.1 Referência aos valores constitucionais.....	110
3.3.2 Dignidade penal.....	117
3.3.3 Carência de tutela penal (necessidade de pena).....	121
3.3.4 Coerência da criminalização com a ordem dos valores constitucionais.....	125
3.4 Bens jurídicos supraindividuais.....	130
CAPÍTULO IV – Mandados constitucionais de criminalização.....	140
4.1 A legitimação criminalizadora e as imposições constitucionais de criminalização.....	140
4.2 Mandados expressos de criminalização.....	149
4.3 Mandados implícitos de criminalização.....	151
CAPÍTULO V – A ordem econômica constitucional.....	157
5.1 O Direito Econômico.....	157
5.2 A ordem econômica nas Constituições brasileiras.....	162
5.3 O conceito de ordem econômica.....	166
5.4 A Constituição econômica formal brasileira.....	172
5.4.1 Os fundamentos e o fim da ordem econômica.....	173
5.4.2 Os princípios da ordem econômica.....	177
CAPÍTULO VI – O bem jurídico-penal “ordem econômica”.....	183
6.1 A ordem econômica constitucional como fonte valorativa do Direito Penal: legitimação de criminalização.....	183
6.2 O Direito Penal Econômico: definição, tipo penal, tipicidade e a proteção da ordem econômica constitucional.....	198
6.2.1 Definição do Direito Penal Econômico com substrato no bem jurídico tutelado.....	198
6.2.2 Tipo penal, tipicidade e Direito Penal Econômico.....	206
CONCLUSÕES.....	218
REFERÊNCIAS.....	227

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a ordem econômica constitucional como uma fonte valorativa do Direito Penal, com o desiderato de traçar os contornos entre sua limitação, legitimação e imposição no âmbito da criminalidade econômica. Para tanto, a investigação inicia-se com o impacto sobre o sistema punitivo das diferentes concepções de Estado, verificando-se quais as características do Direito Penal de um Estado Democrático Direito. O estudo dos princípios e valores constitucionais penais, das teorias constitucionais sobre o bem jurídico-penal e do seu conceito material, da polêmica acerca da existência de mandados constitucionais de criminalização, dos institutos de Direito Econômico e dos dispositivos que integram a Constituição econômica formal permite aquilatar o fundamento existente na Carta Política brasileira de 1988 para a intervenção penal com relação às condutas que lesionam ou põem em perigo a ordem econômica.

O Direito Penal de um Estado Democrático e Social de Direito, orientado pelo megaprincípio da dignidade da pessoa humana, caracteriza-se pela tolerância e pela intervenção mínima, ao mesmo tempo em que consagra valores essenciais à vida do homem em sociedade, os quais, previstos expressamente na Lei Maior ou dela decorrentes, podem legitimar ou impor sua tutela pelo sistema punitivo estatal. O progresso científico e tecnológico, com reflexos inexoráveis na atividade econômica, ainda que com ela se relacione indiretamente, reclama a proteção, pelo Estado, de novos bens jurídicos, dotados de dignificação constitucional, de natureza difusa ou coletiva. Os bens supraindividuais consagrados na Constituição Federal de 1988 integram o núcleo social do Estado Democrático de Direito e reclamam sua promoção e proteção para realizar a justiça social, inclusive por meio da intervenção punitiva estatal em novos âmbitos, entre os quais se destaca a ordem econômica, sem olvidar as garantias herdadas do Estado Liberal.

A regulação constitucional da ordem econômica, que passou a ser contemplada nas Cartas Políticas brasileiras a partir de 1934, marca a adoção da concepção do Estado Social, garantindo direitos econômicos e sociais, direitos fundamentais de segunda dimensão. Na Constituição Federal de 1988, a ordem econômica e financeira recebeu tratamento bem mais abrangente, conformada por princípios que guardam consonância com seus fundamentos e sua finalidade maior: assegurar uma existência digna, segundo os ditames da justiça social.

Do conteúdo e do significado dos diversos dispositivos constitucionais que a disciplinam, os quais guardam nítida congruência com fundamentos e objetivos da República (artigos 1º e 3º), avultam a relevância e a densidade axiológica da ordem econômica no Estado Democrático brasileiro. Os princípios, fundamentos e objetivos enunciados no artigo 170 da Constituição Federal revelam valores de inegável importância na ordem axiológica constitucional, norte seguro para a aferição da sua dignidade penal. Demais disso, no esteio das teorias constitucionais do bem jurídico, tais normas alavancam a investigação sobre o juízo de carência de tutela penal no que se refere às condutas que afetam a ordem econômica com danosidade social, legitimando a sua criminalização, a qual deve sempre ser pautada pela coerência com uma hierarquia dos valores constitucionais. Por fim, autorizam a discussão sobre a existência, no seu bojo, de cláusulas de penalização cuja afirmação tem por consequência a obrigação do legislador em valer-se do Direito Penal para proteger determinados valores relacionados, direta ou reflexamente, ao exercício da atividade econômica.

De outra banda, um trabalho sobre a fundamentação constitucional da tutela penal da ordem econômica conduz necessariamente ao estudo do instrumental adequado para o enfrentamento da criminalidade econômica, o que demanda uma necessária abordagem do denominado Direito Penal Econômico, expressão mais candente do fenômeno da expansão do Direito Penal. Torna-se, assim, alvo de críticas notadamente capitaneadas pelo denominado discurso de resistência da Escola de Frankfurt, ao defender um Direito Penal Clássico voltado à tutela de bens jurídicos tradicionais e individuais, sustentando a sua inadequação para a proteção de determinados interesses supraindividuais.

A atuação de um Estado Democrático de Direito está também vinculada pela promoção e tutela destes bens, na busca de uma igualdade material, o que leva à indagação sobre as situações que permitem, evidentemente quando necessário, o recurso ao Direito Penal. Este, para o cumprimento de sua missão, não se pode afastar das exigências de uma sociedade de risco com novas realidades e possibilidades de afetação desses bens, inclusive no campo econômico.

Daí a incursão, previamente pontuada ao tratar-se dos princípios constitucionais penais, sobre o direito penal de perigo ou de risco, que se vale de tipos penais abertos, de perigo abstrato, normas penais em branco e de interpretação analógica, ferramentas colocadas

à escolha do legislador, as quais, se adequadamente empregadas, buscam conferir efetividade à intervenção punitiva estatal para a proteção da ordem econômica.

Com amparo em obras da doutrina brasileira e estrangeira – não poucas disponíveis apenas em bibliotecas renomadas –, procura-se contribuir para o estudo do Direito Penal Constitucional, para um conceito de bem jurídico que seja dotado de maior precisão ao ancorar-se nos valores essenciais consagrados em nossa Carta Política, e, em decorrência, possibilitar o alicerce à legitimação criminalizadora do legislador ordinário para a tutela da ordem econômica, submetida cada vez mais a graves ataques, os quais, apesar de atingirem um número indeterminado de vítimas, causando enormes prejuízos materiais e imateriais, no mais das vezes não recebem a resposta necessária e proporcional do Direito Penal, a forma mais drástica de intervenção estatal na esfera de liberdade dos cidadãos, com a missão de proteger os bens fundamentais de uma sociedade, cujo presente e futuro estão inarredavelmente relacionados às relações econômicas que nela se processam e que afetam as condições de livre desenvolvimento da personalidade do homem em sua vida comunitária.

## CAPÍTULO I

### Concepção de Estado e Direito Penal

#### 1.1 O Estado pré-moderno

A história do Direito Penal revela que, desde os tempos primitivos, ocorreu uma evolução, embora não sucessiva, entre as diversas fases da pena: vingança privada, vingança divina, vingança pública e período humanitário. Cada uma dessas fases se distingue por particulares concepções do crime e da sanção penal, e, não raro, se interpenetraram ou existiram concomitantemente. As fases da vingança divina e da vingança privada foram representativas de uma proto-ordenação do exercício do poder, enquanto a vingança pública foi fruto de melhor organização social.

Afirmava Edgard Magalhães Noronha que a história do Direito Penal é a história da humanidade<sup>1</sup>, obtemperando René Ariel Dotti que “não haverá erro se considerarmos justamente no Direito Penal a primeira e a mais antiga camada da história da evolução do Direito”<sup>2</sup>.

A vindita privada representou a concepção mais primitiva da punição, pedra de toque de sociedades estruturadas pelo vínculo de sangue: clãs, tribos, grupos. De início uma reação pessoal, de indivíduo contra indivíduo, passou a envolver o grupo e posteriormente os estranhos a este. A perda da paz era a punição à infração cometida pelo membro do próprio grupo, consistente no banimento, expondo o infrator à hostilidade da natureza ou dos animais. A punição à infração praticada por alguém estranho ao grupo era a vingança de sangue “exercida de tribo contra tribo até a destruição de uma das partes envolvidas ou até que a luta cessasse pelo esgotamento”<sup>3</sup>. Perdurará até o fortalecimento do poder social, o que se verificará na Antiguidade<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Direito penal*. Vol. 1. 38ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2009, p. 20.

<sup>2</sup> *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 123.

<sup>3</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*, p. 124.

<sup>4</sup> Nesse sentido. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*, 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 12, para o qual: “Com o progresso político dos povos, passou a haver uma limitação cada vez maior da autonomia dos grupos e famílias, e, por via de consequência, o afastamento da vingança privada como forma de reação punitiva”. Justamente para evitar que os grupos e as tribos fossem dizimados, surge a lei do talião (*Talis*: tal qual), adotada no Código de Hamurábi, na Lei das XII Tábuas e no Êxodo. Embora tenha

A vingança divina era a característica de um Direito Penal religioso e teocrático, que considerava crime um atentado contra os deuses e a pena a resposta para aplacar a ira da divindade, um castigo rigoroso, cruel, com claro objetivo de intimidação. Já se nota a existência de um incipiente poder social, de cunho sacerdotal, que impõe aos homens normas de conduta e castigo<sup>5</sup>. O fundamento teocrático da organização social e, por conseguinte, da aplicação de punições como forma de satisfação da divindade ofendida pelo cometimento de um crime sofrerá *débâcle* com o desenvolvimento, na Antiguidade Clássica, do pensamento político.

Aristóteles expôs sobre a origem do Estado, relacionando a família, a sociedade política e as cidades<sup>6</sup>, e conforme assinala Paulo Bonavides: “o Estado na Antiguidade é a Cidade, condensação de todos os poderes”<sup>7</sup>. Nas Cidades-Estado não se afastou a identificação entre o poder político e o poder religioso<sup>8</sup>, mas o crime passa a ser também uma ofensa à própria comunidade, não perdendo a punição o seu caráter de vingança, em seu aspecto divino ou público, não obstante o surgimento de conceitos relativos à retribuição proporcional e à finalidade da pena como emenda do condenado<sup>9</sup>. De toda sorte, ainda que o

---

significado um abrandamento da reação punitiva, impondo uma limitação à vindita, a aplicação da lei do talião acarretava a imposição de penas violentas (Êxodo, XXI, versículos 23 a 25: “Pagará a vida com a vida; mão com mão, pé com pé, olho por olho, queimadura por queimadura”, *apud* DOTTI, René Ariel, op. cit. p. 125), evoluindo-se para a composição (*compositio*, preço da paz), pela qual o infrator compra sua liberdade e, assim, se livra da punição (Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28, e FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*, trad. Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller Editora, 1996, p. 32).

<sup>5</sup> Para Edgard Magalhães Noronha, esse era o espírito dominante das leis do Oriente antigo, Babilônia, Índia, Israel, Egito, Pérsia, China (*Direito penal*, vol. 1. 38ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2009, p. 21).

<sup>6</sup> “Como sabemos, todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem. Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe à maior vantagem possível. Chamamo-la Estado ou sociedade política (...) a família é a sociedade cotidiana formada pela natureza e composta de pessoas que comem, como diz Carondas, o mesmo pão e se esquentam, como diz Epimênides de Creta, com o mesmo fogo. A sociedade que em seguida se formou de várias casas chama-se aldeia e se assemelham perfeitamente à primeira sociedade natural, com a diferença de não ser de todos os momentos, nem de uma freqüentação tão contínua (...) Assim, as Cidades inicialmente foram, como ainda hoje o são algumas nações, submetidas ao governo real, formadas que eram de reuniões de pessoas que já viviam sob um monarca” (*A Política*. trad. Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. 3ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 1-3).

<sup>7</sup> *Teoria do estado*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32.

<sup>8</sup> “Nínive, Babilônia, Tebas, Persépolis, Esparta, Atenas, Roma e tantas outras são a imagem eloqüente do Estado Antigo com sua geografia política urbana, sua concentração personificada de poder, sua forma de autoridade secular e divina expressa na vontade de um titular único - o faraó, o rei, o imperador -, de quem cada ente humano, cada súdito, é tributário” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32).

<sup>9</sup> MARQUES, Osvaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*, 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 43.

crime e a pena fossem inspirados pelo sentimento religioso, assumindo o poder de manter a ordem e a segurança social, o Estado Antigo inaugura a fase da vingança pública.

Em Roma, as vinganças privada, divina e pública coexistiram da Realeza até o crepúsculo da República. Na Realeza, clara era a simbiose entre Direito e Religião, prevalecendo o direito costumeiro. O rei exercia as funções de juiz e sacerdote, e nas funções judiciárias era auxiliado pelos *duoviri perdullionis* (que julgavam casos de crimes de traição ao Estado) e os *quaestores parricidii* (juízes nas hipóteses de assassinato de um *pater*, o chefe de uma família)<sup>10</sup>. Passa a existir a distinção entre crimes públicos (*crimina publica*), tais como crimes de traição, conspiração política contra o Estado (*perduellio*) e assassinato (*parricidium*), cujo julgamento era atribuído ao próprio Estado, e crimes privados (*delicta*), que constituíam ofensas aos indivíduos (furto, dano e injúria), os quais pertenciam ao Direito Privado, como fontes de obrigação, e seu julgamento era afeto ao próprio ofendido<sup>11</sup>.

No final da República, dá-se o advento de leis que se ocupavam de crimes patrimoniais e pessoais (*Leges Corneliae*) e de crimes contra o Estado, cometidos por particulares ou por administradores (*Leges Juliae*), tais como corrupção e prevaricação. Ainda assim, somente em 30 a.C. desaparece a vingança privada e o *jus puniendi* é assumido pelo Estado. No Principado, com o desenvolvimento do direito jurisprudencial, surgem os *crimina extraordinária*, delitos que se fundavam no descumprimento de ordens imperiais, das decisões do Senado, ou que eram fruto da prática da interpretação jurídica, consequência do fortalecimento do poder do Estado nos domínios do Direito Penal<sup>12</sup>. O Direito Romano consagrou, destarte, o caráter público do Direito Penal e a pena como forma de reação pública face ao crime.

A queda do Império Romano do Ocidente inicia o período histórico da Alta Idade Média, e o esfacelamento do poder político<sup>13</sup>, dividido entre diversas tribos bárbaras, fez ressurgir, com o Direito dos Povos Germânicos, o costume como fonte exclusiva da criminalização de condutas, tornando a preponderar a vingança privada. A inexistência de

<sup>10</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Vol. I. 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense: 1990, p. 8.

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 29.

<sup>12</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. 3ª. Ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 283.

<sup>13</sup> “Em verdade, toda a Idade Média, com sua organização feudal levantada sobre as ruínas do Império Romano, virá em certa maneira arrefecer a concepção de Estado. Pelo menos do Estado no sentido de instituição materialmente concentradora de coerção, apta a estampar a unidade de um sistema de plenitude normativa e eficácia absoluta” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32). “Com o feudalismo dissolve-se, todavia, a ideia de Estado” (MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 49).

uma organização estatal tal como havia na Antiguidade Clássica acarretou o fortalecimento da Igreja Católica, passando o Direito Canônico, inicialmente o conjunto de normas destinadas a regular a vida eclesiástica, a regular também relações entre aqueles que não fossem seus integrantes, o que dá bem mostra do enfraquecimento estatal no alto medievo.

A Baixa Idade Média representa para o Direito Penal um retorno do direito costumeiro, destacando-se a exegese do Direito Romano e do Direito Canônico, levada a efeito por glosadores e práticos. Diploma que certamente avulta nessa época é a Constituição Criminal Carolina de 1532, assim denominada em homenagem ao imperador alemão Carlos VI, característica do fortalecimento do poder político dos povos germânicos, sendo pródiga na aplicação da pena de morte.

A característica que assoma do Direito Penal no baixo medievo será a incidência de punições cruéis, o que coincide com o ressurgimento de uma ideia forte de Estado, refletida, *v.g.*, nas Ordenações de Portugal (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), e de França (*Grand Costumier* e *Ordonance Criminelle*), nas quais afloram a desigualdade de tratamento dos acusados, a aplicação frequente de pena capital com meios bárbaros e atrozes, e o emprego da tortura.

Nos estertores da chamada Idade Moderna, notadamente no século XVIII, o despotismo esclarecido, última fase do absolutismo monárquico, fez surgir o Estado de Polícia<sup>14</sup>, caracterizado pela centralização e forte intervenção na economia e na sociedade, com a criação de uma poderosa máquina administrativa, da qual resultou a criação de um amplo leque de normas jurídicas destinadas a regulamentar os mais variados aspectos da vida econômica e social. As transgressões dessas normas eram sancionadas pelas autoridades policiais, dando azo ao denominado Direito Penal de Polícia, o qual “sanciona acções em si e originariamente não antijurídicas, isto é, acções que mantendo-se embora no espaço de liberdade do cidadão, ultrapassam, contudo, os limites criados pelo Estado”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Sobre o Estado de Polícia: CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 118; DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998; e COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

<sup>15</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português, p. 84.



## 1.2 O Estado Liberal de Direito

O início da revolução iluminista representará para o Direito Penal o limiar do período humanitário, justamente a reação contra os excessos de uma legislação penal que se notabilizava pelas penas corporais e de morte. A revolução da razão, com seus expoentes Rousseau, Montesquieu, Voltaire, Locke, acarretou a humanização do Direito Penal<sup>16</sup>, cuja magistral síntese encontra-se no opúsculo de Cesare Bonesana<sup>17</sup>.

Na Época das Luzes, o Estado Moderno já apresentava o seu traço característico: a soberania. Na lição de Paulo Bonavides, o Estado Moderno do Absolutismo passou por duas fases de teorização da soberania: o regime da Monarquia absoluta de direito divino e o da secularização do Absolutismo em bases filosóficas e consensuais<sup>18</sup>. Nesta última, a filosofia política, sustentada no contratualismo absolutista de Thomas Hobbes, residia, da mesma forma que Rousseau e Locke, no dualismo entre o estado de natureza e o estado de sociedade, o que culminava na justificação da perda de liberdade do homem em favor do Estado Absoluto, em troca da certeza da sua conservação.

A Revolução Francesa inaugura a limitação do poder pelo cidadão, homem-político, “que governa, ou se deixa governar, que cria a representação, que toma consciência da legitimidade, que é poder constituinte e poder constituído”<sup>19</sup>, em que o governo não é de soberanos, príncipes, déspotas esclarecidos, em suma, de pessoas; é o governo de leis. Portanto, o valor supremo passa a ser a legalidade, com o fito de limitar o poder dos governantes.

Assim, fruto da denominada Era das Revoluções, surge o primeiro Estado constitucional, cujo aspecto essencial é a separação de poderes, sustentada por Locke e Montesquieu: o Estado Liberal, o qual consagra os direitos fundamentais de primeira

---

<sup>16</sup> “*Todo el Derecho penal, que está cubierto de sangre y que amadriga em su recóndito seno tanto sadismo, es um espejo donde se reflejan los esfuerzos liberales de la humanidad. La renuncia a la venganza y al sadismo, no se cunplem sin haber dejado tremendas cicatrices en la alma humana revelados hoy por la Psicología profunda. De este tremendo esfuerzo iba resultando el Derecho penal liberal*” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís, *Tratado de derecho penal*. Tomo I, p. 247).

<sup>17</sup> “*Todas as argumentações com que Beccaria acompanha as suas proposições partem da noção de ‘utilidade’ social: e é exatamente para o campo da utilidade, inspirado em Helvetius, e do contratualismo, derivado de Locke e Rousseau, que são aparentemente conduzidos todos os seus raciocínios*” (CALAMANDREI, Piero. Prefácio oferecido à obra de BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Antonio Carlos Campana. São Paulo: José Butshatsky Editor, 1978, p. 70).

<sup>18</sup> *Teoria do estado*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 35-37.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 38.

geração<sup>20</sup>. No pensamento iluminista, o Estado é instrumento de garantia dos direitos do homem, e sua missão é protegê-los. Limita-se o poder do Estado: somente não é lícito aquilo que a lei proíbe.

O Estado Liberal tem como critério exclusivo de identificação do Direito válido o princípio da legalidade. Há o monopólio estatal da produção jurídica e a lei é a única fonte de legitimação do Direito Penal<sup>21</sup>. Alicerça-se, assim, um Estado de Direito formal, em que o Direito Penal tende a proteger uma liberdade e uma igualdade meramente formais<sup>22</sup>. O modelo do Direito Penal do Iluminismo ou da Ilustração contém a definição da criminalidade no discurso de determinada doutrina política sobre a sociedade, o liberalismo, e sobre a forma e fins do Estado, qual seja, o Estado Liberal, preconizando princípios e garantias que limitam o campo do que pode ser punido, ao mesmo tempo em que estabelece limites dentro dos quais é possível punir<sup>23</sup>.

Diferencia-se do modelo de Direito Penal de um Estado totalitário, cuja concepção guia-se pela imposição de padrões de comportamento e pela “preocupação precípua com os valores ligados ao Estado em si, ficando as liberdades públicas em segundo plano”<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Segundo Flávia Piovesan, os direitos humanos de primeira geração traduzem o valor liberdade, correspondendo aos direitos civis e políticos; os direitos humanos de segunda geração traduzem o valor igualdade e correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais; os direitos humanos de terceira geração traduzem o valor de solidariedade: o direito ao desenvolvimento, à paz, à livre determinação (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª. ed. 2ª. tiragem. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 135, nota 44). Os direitos que revelam a dimensão solidarística das recentes Constituições dos Estados Democráticos e Sociais de Direito são, como adiante se verá, transindividuais. Norberto Bobbio alerta ainda para o advento dos direitos de quarta geração, que correspondem ao patrimônio genético, referentes “aos efeitos mais traumáticos da pesquisa biológica que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada um”, indagando sobre os limites dessa manipulação. Assevera que os direitos não nascem todos de uma vez, mas sim quando devem ou podem nascer. Nascem “quando o aumento do poder do homem sobre o homem - que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens - ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios que são providenciados para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência que o mesmo poder intervenha de modo protetor”. Conclui que nos direitos de terceira e quarta geração podem existir tanto direitos de liberdade (um não agir do Estado) e os direitos sociais (que exigem uma atuação positiva do Estado) (*A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6).

<sup>21</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 30.

<sup>22</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 131.

<sup>23</sup> GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 43.

<sup>24</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 143.

Cite-se como exemplo a ascensão do nazismo na Alemanha, em 1933, e a alteração do Código Penal tedesco em 1935, aniquilando com o princípio da reserva legal, resultado da influência nacional-socialista na dogmática, cuja expressão incontestemente encontra-se na denominada Escola de Kiel. Esta sustentava a substituição do conceito de bem jurídico pela quebra de dever<sup>25</sup>, indicando o norte para a Comissão de Reforma do Direito Penal, cuja primeira sessão deu-se em 1933, e que contava, dentre seus integrantes, com os professores Dahm, de Kiel, e Edmund Mezger, de Munique. A referida Comissão apresentou, ao final de seus trabalhos, um texto de parte geral, com preceitos referentes aos delinquentes habituais, como medidas de internação e custódia e a castração, e a adoção da analogia como fonte do Direito Penal.

Nessa época, Mezger publica sua obra “Política criminal sobre fundamentos criminológicos”, na qual propõe “a necessidade de adaptar o Direito Penal ao novo Estado, baseado nas ideias de ‘povo’ e ‘raça’”<sup>26</sup>. O ordenamento jurídico-penal da Alemanha nacional-socialista é construído sobre a noção de violação do dever e da obediência ao Estado e na manifestação da vontade delituosa, um direito penal centrado no autor e não no fato, um direito penal da vontade<sup>27</sup>.

Na concepção liberal de Estado, as liberdades públicas estão no ápice dos seus fins e existe uma noção individualista de cidadania, limitada à proteção dos direitos dos indivíduos, sem qualquer intervenção do poder estatal na vida privada<sup>28</sup>, sendo o fenômeno criminoso entendido como a violação aos direitos subjetivos de outrem.

O advento do Estado Moderno e sua primeira vertente como Estado Liberal constituem o marco inicial da sistematização do Direito. Tércio Sampaio Ferraz Júnior destaca que: “A concepção do ordenamento como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado moderno e o desenvolvimento do capitalismo”<sup>29</sup>.

O sistema jurídico, a forma das formas, abrange o Direito Positivo e a Ciência do Direito, pois se constitui no aparato técnico, teórico, significando nexos, reunião de elementos,

---

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 45.

<sup>26</sup> Idem, p. 39-40.

<sup>27</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 239-241.

<sup>28</sup> COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 54.

<sup>29</sup> *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 179.

e método, instrumento de análise<sup>30</sup>, através do qual o Direito é estudado, conferindo-lhe unidade e coerência. Em um sistema jurídico fechado, segundo a visão kelseniana, a segurança jurídica é pressuposto para se alcançar a justiça. É formalmente estático, mas se torna dinâmico na medida em que soluciona problemas dentro de seu próprio corpo, referente à validade das normas, à existência de lacunas e de antinomias. No sistema aberto, a justiça é o norte, ainda que se sacrifique a segurança jurídica.

Um sistema punitivo pode ser fechado ou aberto. Ensinava Antonio Luís Chaves de Camargo que, no Direito Penal, o sistema fechado “desde o período clássico tinha como fundamento ser o único capaz de garantir sua segurança e eficácia”<sup>31</sup>. A aplicação do método dedutivo defendido pelos expoentes da Escola Clássica apresentava-se como a solução de todos os problemas do sistema penal. O neokantismo, como adiante se verá, também propugnou por um sistema punitivo fechado de método axiomático. O sistema aberto, por sua vez, estaria, segundo seus defensores, oxigenado por conhecimentos jurídicos decorrentes do debate científico, não sendo infenso ao desenvolvimento social e à influência da Filosofia e da Sociologia<sup>32</sup>.

A sistematização do Direito Penal inicia-se com o pensamento iluminista e o contratualismo de Jean-Jacques Rousseau. Surge um sistema punitivo em que o nexos psicológico bastava para concluir pela responsabilização do autor do fato e que a tipicidade posteriormente é considerada um dos elementos do crime, sendo meramente formal<sup>33</sup>, não havendo a necessidade da sua valoração ou da culpabilidade. A antijuridicidade era normativa, violação da lei escrita. Está-se diante do positivismo como primeira corrente do pensamento jurídico-penal.

Com efeito, na segunda metade do século XIX surge a Escola Positiva, em razão do domínio do pensamento positivista na filosofia. No final do século XIX, aparecem as Escolas Ecléticas, dentre as quais a Escola Moderna Alemã, ou Escola de Política Criminal, cujo principal expoente é Franz von Liszt, que publica o seu “Tratado de Direito Penal

---

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 202.

<sup>31</sup> *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 22.

<sup>32</sup> Nesse sentido: CAMARGO, Antonio Luis Chaves de. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 26-27, citando SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-Maria Silva Sánchez. Madri: Tecnos: 1991.

<sup>33</sup> BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial De Palma, 1943.

Alemão” em 1881, desenvolvendo a ideia do fim do Direito Penal. A teoria do delito nasce sob influência do modelo positivista das ciências naturais, com o apogeu das ciências experimentais. A ciência acenava com a possibilidade de solucionar todos os problemas do indivíduo e da sociedade.

Como consequência da Revolução Industrial, o progresso científico era o lema, entendido como o aumento do conhecimento, aperfeiçoamento de métodos dirigidos à averiguação e à interpretação do conhecimento, cabendo à ciência reorganizar a sociedade. A ciência distingue juízos de fato e juízos de valor, e, para os positivistas, o Direito é um fato como os outros, negando-se a importância da filosofia dos valores. A única atividade científica era aquela fundada na experiência, apreendida pelo método causal-explicativo.

O conceito clássico de delito, desenvolvido por Franz von Liszt e Ernst Beling, produto do positivismo científico, não apresenta qualquer contribuição de valorações filosóficas, éticas, psicológicas e sociológicas. A tipicidade é meramente formal, bastando a constatação da causalidade. Vem a lume a teoria causal-naturalista da ação: a conduta é um movimento corpóreo voluntário, que consiste em fazer ou deixar de fazer algo, provocando uma modificação no mundo exterior. A conduta e o resultado vinculam-se pelo nexo de causalidade, puramente mecânica e objetiva. O dolo e a culpa estão na culpabilidade. Assim, a ação era puramente naturalística, com um tipo objetivo-descritivo; a antijuridicidade era objetivo-normativa; e a culpabilidade era subjetivo-descritiva. O delito possuía duas partes distintas: o aspecto objetivo, representado pela tipicidade e antijuridicidade, e o aspecto subjetivo, representado pela culpabilidade.

O alicerce no Direito Positivo consagrava o princípio da legalidade, não somente uma exigência de segurança jurídica, mas também uma garantia política de que “o cidadão não poderá ser submetido, seja pelo Estado, seja pelos juízes, a penas não aprovadas pelo povo”<sup>34</sup>. O naturalismo oferecia uma base sólida à elaboração da dogmática penal, qual seja a realidade cientificamente observável, afastando-se o risco de manipulação subjetiva do Direito pelo intérprete. Cuidava-se, portanto, de um sistema punitivo fechado.

### 1.3 O Estado Social de Direito

---

<sup>34</sup> MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Claudio Viana Garcia e José Carlos Nobre Porcíucula Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 88.

Esse modelo de Direito Penal e de sistema punitivo perdurará até o alvorecer do Estado Social de Direito. Conforme observa Luciano Feldens, após a Primeira Guerra Mundial, há forte crítica à concepção de Estado legal de Direito, “cujo formalismo lhe converteria, segundo seus críticos, em um defensor da ordem e do sistema de interesses estabelecidos”, havendo a postulação de um Estado de Direito de matiz social<sup>35</sup>, que passa a ser visto da ótica da distinção entre o Estado liberal (garantidor de direitos) e social (função ativa de promoção de direitos).

Na lição de Gregorio Peces-Barba:

*“Hoy el Estado social de Derecho como corrección del Estado liberal supone un mayor intervencionismo estatal, que asume, a través del Derecho, una función promocional para crear condiciones de igualdad y de libertad, que el individuo no puede realizar con su esfuerzo aislado, con lo que el proceso económico y la vida industrial y mercantil son regulados por el Derecho, y unos nuevos derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural se añaden a los viejos derechos del individuo”<sup>36</sup>.*

Integram o Estado Social de Direito os direitos da justiça, que abrangem os direitos sociais, direitos fundamentais de segunda geração, visando a concretizar a igualdade. O binômio liberdade/igualdade é a característica do Estado que Paulo Bonavides denomina de constitucional dos direitos fundamentais, o qual “representa a segunda versão do Estado de Direito, em busca de consolidação, e sujeito a avanços e recuos de natureza institucional”, asseverando que a forma mais inovadora de que se reveste é a do Estado Social<sup>37</sup>.

As primeiras cartas constitucionais a consagrar a concepção social de Estado, identificada como Estado do Bem-Estar – *Welfare State* – são a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição da República de Weimar de 1919, que refletem a consciência da dimensão social dos direitos humanos<sup>38</sup>. Posteriormente, vieram a lume a Constituição italiana de 1948, a Lei Fundamental Alemã de 1949 – da qual consta, pela primeira vez, a nomenclatura de Estado Social, definindo a República Federal da Alemanha como um Estado

---

<sup>35</sup> *A Constituição penal*, p. 31.

<sup>36</sup> *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 59.

<sup>37</sup> *Teoria do estado*, p. 47.

<sup>38</sup> Nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.119.

democrático e *social* de Direito<sup>39</sup> –, a Constituição portuguesa (1976), a Constituição espanhola (1978) e a Constituição Federal brasileira de 1988.

Considera-se que a Constituição deve fazer-se dotada de garantias jurisdicionais, e a locução Estado de Direito ganha, então, dois significados: conceitual (formal), segundo o qual se refere a todos os Estados em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos mediante os procedimentos legalmente previstos; e substancial, designando os ordenamentos em que os poderes públicos são sujeitos à lei, não apenas na forma e procedimentos, mas em seus conteúdos, com respeito aos princípios estabelecidos por normas constitucionais<sup>40</sup>.

As Constituições dos Estados Sociais passam a prever direitos econômicos e sociais<sup>41</sup>. O princípio da igualdade é o seu “centro medular”, bem como de “todos os direitos de sua ordem jurídica”, deixando de ser a igualdade jurídica, formal, do liberalismo, para ser a igualdade material<sup>42</sup>.

O Estado Liberal de Direito era neutro e de matiz individualista. O Estado Social visa a alcançar a justiça social e só pode ser entendido como uma concepção jurídico-política de transição, rumo a um Estado material de Direito<sup>43</sup>.

O Estado Social não se lastreia, assim, tão somente na legalidade, tendo a lei como único apanágio da concretização dos ditames constitucionais. Fundamenta-se também na legitimidade<sup>44</sup>, aqui entendida como a observância e a concretização de valores e de princípios, dotados de normatividade.

Destarte, o Direito Penal de um Estado Social de Direito será vincado pelo princípio da reserva legal como uma garantia política do cidadão ante o *ius puniendi*, e

---

<sup>39</sup> SBARDELLOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re) legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 38.

<sup>40</sup> Nesse sentido, FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, p. 32.

<sup>41</sup> “Os regimes constitucionais ocidentais prometem, explícita ou implicitamente, realizar o *Estado Social de Direito*, quando definem um capítulo de direitos econômicos e sociais. Expressas são as Constituições da República Federal Alemã e da Espanha, definindo os respectivos Estados como sociais e democráticos de Direito” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.119).

<sup>42</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 376.

<sup>43</sup> GRACIA MARTIN, Luís. *Prolegômenos para luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*, p. 44.

<sup>44</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*, p. 49.

também pela verificação do fundamento da sua legitimidade, condicionando o conteúdo da matéria a ser penalmente disciplinada.

A avaliação da legitimidade acarreta a distinção preconizada por Francesco C. Palazzo entre os “princípios de direito penal constitucional” e “princípios (ou valores) constitucionais pertinentes à matéria penal”<sup>45</sup>.

Os princípios de direito penal constitucional, previstos de forma expressa ou implícita no texto constitucional, são garantidores e delimitam o poder punitivo na relação entre o indivíduo e o Estado, situando “a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal”<sup>46</sup>. Os princípios ou valores pertinentes à matéria penal dizem respeito ao conteúdo do que pode ser punido, à matéria constitucionalmente relevante que poderá ser penalmente disciplinada. Conforma-se, assim, o conteúdo do Direito Penal e do modo como se efetivará a disciplina da matéria a ser penalmente tutelada à Constituição.

Destaca Francesco C. Palazzo que não há coincidência perfeita entre a concepção de um Estado Liberal de Direito e os princípios de direito penal constitucional e de um Estado Social de Direito e os princípios constitucionais pertinentes à matéria penal, mas sim uma prevalência de influência. Em um Estado Liberal de Direito, “faz-se cristalina a prevalente matriz liberal garantidora de princípios como os da legalidade ou da culpabilidade, tanto quanto é evidente que o *Sozialstaatprinzip* faz sentir os seus efeitos, sobretudo quanto ao conteúdo do direito penal”<sup>47</sup>.

No sistema punitivo de um Estado Social de Direito, coexistindo os princípios de direito penal constitucional e os valores que determinam o conteúdo da matéria a ser penalmente disciplinada, há uma nítida tensão entre a exigência garantidora dos primeiros em face da influência destes últimos, dada a imperiosidade de sua concretização.

Assim, visando à proteção dos valores constitucionais, o *ius puniendi* de um Estado Social deve ser orientado especificamente por dois princípios: o da subsidiariedade e o da exclusiva proteção de bens jurídicos.

Com efeito, para aferir a necessidade do Direito Penal para proteger a matéria constitucionalmente relevante, deve ser verificado se a sua tutela é possível por outros meios,

---

<sup>45</sup> *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 22.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 25.



menos lesivos aos direitos individuais, consagrados pelo Estado Liberal e reconhecidos pelo Estado Social. Cuida-se, conforme observa Santiago Mir Puig, “de uma exigência de economia social coerente com a lógica do Estado social, que deve buscar o maior benefício possível com o menor custo social”<sup>48</sup>.

De outra banda, os interesses sociais e os valores consagrados nas Constituições são denominados bens jurídicos e sua importância reclama a proteção pelo Direito, delimitando e fundamentando o conteúdo do *ius puniendi*.

Na lição de Francesco C. Palazzo, os valores constitucionais ingressam no sistema penal pela “via legislativa” ou pela “via jurisdicional”, esta última no âmbito da interpretação levada a efeito pela atividade dos magistrados e da decisiva atividade das Cortes Constitucionais, onde vislumbra o autor uma problemática relação com o princípio da legalidade e a denominada interpretação de acordo com a Constituição<sup>49</sup>. Assinala que o binômio dos grandes polos de influência – Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito – encontra-se na base das indicações constitucionais referentes ao conteúdo da lei penal, não somente sobre os aspectos formais e estruturais da tutela penal, mas sim sobre a matéria objeto dessa tutela, distinguindo indicações constitucionais de conteúdo descriminalizador e outras “enformadoras da criminalização de novos setores que se revelam, à luz do quadro de valores constitucionais, merecedoras de proteção penal, ou pelo menos, de mais efetiva proteção penal”. Conclui que o papel sistema de justiça constitucional não é mais o de fixar limites a favor do indivíduo, contrariamente ao poder punitivo, mas o de impulsionar o direito penal para novas matérias “em novas fronteiras integrativas do Estado social”<sup>50</sup>.

O aparecimento dos primeiros Estados constitucionais de direitos fundamentais coincide com o advento do neokantismo como segunda corrente epistemológica do Direito Penal.

O neokantismo surge no final do século XIX e propõe a superação do positivismo, mas sem representar sua negação, reclamando um método no qual novamente a valoração e a perspectiva material fossem retomadas. Separam-se os conhecimentos puros (*a priori*) e os

---

<sup>48</sup> *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 93.

<sup>49</sup> *Valores constitucionais e direito penal*, p. 30-31.

<sup>50</sup> *Idem*, p. 77-78.

empíricos (*a posteriori*). Essa cisão, transportada para a ciência jurídica, acarreta a distinção entre o ser (juízos de existência) e o dever ser (juízos de valor), denominada dualismo metodológico (relativismo).

A noção de valor marca a diferença entre as ciências naturais e a ciência jurídica. Os neokantistas propõem uma supervalorização do dever ser, o direito justo, a ideia de justiça. Introduzem considerações axiológicas e materiais, substituindo-se o método jurídico-formal do positivismo por uma dimensão valorativa do jurídico. O direito é, para os neokantistas, uma realidade cultural, uma realidade referida a valores. O neokantismo procura reconciliar os conceitos de Direito Positivo e Direito Ideal, Direito e Justiça.

A interpretação valorativa do neokantismo acarretou significativas alterações na teoria geral do delito, com uma ruptura epistemológica na dogmática penal. O conceito clássico de delito sofreu profunda transformação. Surge o conceito neoclássico de delito (Max Ernst Mayer, Edmond Mezger, Reinhard Frank), priorizando-se o normativo e o axiológico. Com a descoberta dos elementos normativos do tipo, que encerram um conteúdo de valor, e o reconhecimento dos elementos subjetivos do injusto, cuja elaboração teórica mais aprofundada foi levada a efeito por Mezger, afasta-se a concepção clássica do delito.

O tipo penal, que era puramente descritivo, passa a conter, por vezes, elementos normativos, e por outras vezes, elementos subjetivos especiais. A tipicidade passa a ser material. A antijuridicidade passou a ser concebida sob o aspecto material, exigindo-se danosidade social. A culpabilidade recebe de Frank a reprovabilidade (reprovação social do agente). A teoria da ação é a causal-valorativa: a conduta humana como atuação da vontade no mundo exterior. O conceito de culpabilidade se transforma de exclusivamente psicológico para psicológico-normativo. O sistema punitivo continua a ser fechado.

#### **1.4 O Estado Democrático de Direito**

O pós-Segunda Guerra Mundial é o marco do surgimento da terceira concepção de Estado constitucional: o Estado da democracia participativa, o Estado Democrático de Direito. Com efeito, as Constituições do Estado Social consagraram os direitos fundamentais de segunda dimensão. Agregou-se à concepção do Estado Liberal um conteúdo social, com a função de promover o bem-estar comum, lastreado no princípio da igualdade material, cujo auge se verificou no período imediatamente posterior à segunda conflagração mundial. O

surgimento de novos problemas sociais e o célere desenvolvimento tecnológico e científico, com potencialidade para atingir interesses coletivos e difusos, caracterizados pela transindividualidade, desencadearam seu reconhecimento como direitos de terceira dimensão.

Nasce uma concepção nova de cidadania, verificando-se, no dizer de Fábio Roque Sbardeloto “um avanço no sentido de agregar aos conteúdos do Estado Liberal e Social de Direito as conquistas democráticas, os valores jurídico-legais já existentes e surgidos com a nova dinâmica social, bem como a viva preocupação social”<sup>51</sup>. O valor igualdade é reforçado pela democracia, ao qual se adiciona o valor da solidariedade, somando-se às concepções, liberal e social, de Estado um conteúdo de transformação da realidade social. A atividade estatal assume também uma função promocional, destacando-se o “caráter comunitário de participação da sociedade na melhoria da qualidade de vida individual e coletiva dos cidadãos”<sup>52</sup>.

O fundamento do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana. Sua legitimidade é lastreada na função de garantia dos direitos fundamentais e contém um núcleo liberal e outro social, este norteado pela busca da igualdade, visando a garanti-la, ao assegurar o mínimo de condições de vida ao cidadão e à comunidade. Seu compromisso básico está na harmonização de interesses manifestados em três esferas: pública (do Estado), privada (dos indivíduos) e coletiva (dos indivíduos como grupo)<sup>53</sup>. É, portanto, o Estado Democrático (material) de Direito, a “única forma de organização na qual todo o ser humano poderá ver reconhecida a sua dignidade como pessoa”<sup>54</sup>.

O Direito Penal deve, assim, ser preenchido por um conteúdo “que respeite o cidadão como ser dotado de uma série de direitos derivados da dignidade da pessoa humana, da igualdade material entre os homens e da faculdade de participação na vida social”<sup>55</sup>. Para Jorge de Figueiredo Dias, um Estado material de Direito guia-se por

“considerações axiológicas de justiça na promoção e realização de todas as condições – sociais, culturais e econômicas – de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem. Todo o Estado, por outras palavras, que sem renunciar, bem pelo contrário, a uma específica intencionalidade axiológico-

---

<sup>51</sup> SBARDELLOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re) legitimadoras*, p. 40.

<sup>52</sup> Idem, p. 41.

<sup>53</sup> COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*, p. 58.

<sup>54</sup> GRACIA MARTIN, Luís. *Prolegômenos para luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*, p. 44.

<sup>55</sup> MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*, p. 98.

normativa, nem por isso quebra ou atenua a sua ligação ao direito nos quadros da legalidade democrática; todo o Estado, em suma, que simultânea e porventura paradoxalmente reconheça ao homem a liberdade *de* o ser e lhe queira possibilitar a liberdade *para* o ser”<sup>56</sup>.

A concepção de Estado Democrático de Direito influencia os valores a serem protegidos pelo Direito Penal, podendo abarcar o domínio econômico, social e cultural<sup>57</sup>, porque nele se encontra embutido o Estado Social, de prestações e de redistribuição de riquezas, visando à consecução de uma existência digna para cada cidadão<sup>58</sup>.

No dizer de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, do conceito de Estado de Direito, democrático e social, retira-se um princípio geral, do qual decorrem três indicações básicas para a delimitação do que pode ser criminalizável. O princípio geral é o da liberdade e da tolerância, preconizando a máxima liberdade individual compatível com a liberdade alheia e a máxima tolerância compatível com a vida em comum, e desse princípio decorre a exclusão da legitimidade do Direito Penal para a tutela de valores morais, religiosos ou ideológicos, que não acarretem danos sociais (primeira indicação), ou para reprimir meras intenções que não se exteriorizem em fatos, pois sua punição representaria uma intromissão na liberdade de consciência individual (segunda indicação)<sup>59</sup>.

Reclama-se, assim, um direito penal do fato, que se opõe à possibilidade de punir o caráter ou o modo de ser do indivíduo<sup>60</sup>, pois, no Estado Democrático de Direito, que se assenta no megaprincípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da liberdade e no pluralismo, não cabe a defesa da punição de meras intenções, não lhe competindo “exercer o papel de conformador ou tutor moral dos cidadãos”<sup>61</sup>. Além disso, não consiste em tarefa do direito penal evitar condutas meramente imorais, que não sejam lesivas a bens jurídicos<sup>62</sup>.

Tais indicações do princípio da liberdade e da tolerância coadunam-se com a conclusão de Luciano Feldens no sentido de que resultam da Constituição determinadas

---

<sup>56</sup> *Direito penal e estado-de-direito material: sobre o método, a constatação e sentido da doutrina geral do crime*. Revista de Direito Penal, n. 31, janeiro-junho 1981, Forense, Rio de Janeiro, 1982, p. 39.

<sup>57</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 132.

<sup>58</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 43.

<sup>59</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 136.

<sup>60</sup> MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*, p. 102.

<sup>61</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 137.

<sup>62</sup> ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986, p. 29-30.

proibições de criminalização, que impedem a incidência do Direito Penal quando a atuação do agente venha a apresentar-se como uso legítimo de um direito constitucionalmente reconhecido, exteriorizando direitos de liberdade nos variáveis campos de desenvolvimento da atividade humana, v.g. liberdade de pensamento, liberdade de organização sindical, direito à greve, direito de reunião e associação, bem como obstam o emprego do Direito Penal como forma de regular a vontade ou atitude moral do autor, ou mesmo sua personalidade, pois, na concepção de um Estado Social e Democrático de Direito, “comportamento criminoso não se confunde com comportamento pecaminoso”<sup>63</sup>.

A terceira indicação do mandato de tolerância resulta da ideia fundamental da dignidade penal para a legitimidade do emprego do Direito Penal. A par de um bem jurídico digno de tutela penal, haveria a necessidade de que este sofresse lesão de tal gravidade que ocasionasse verdadeiros danos sociais. Assim, deve-se primeiramente determinar quais são os bens jurídicos dignos de tutela penal, tendo em conta os princípios e valores constitucionais, e, só então, proceder-se à análise dos efeitos (danosidade) das condutas<sup>64</sup>.

A Constituição de um Estado Social e Democrático de Direito fundamenta a legitimidade da criminalização de determinadas condutas, na medida em que funciona como fonte valorativa do Direito Penal, conferindo dignidade penal a determinados bens jurídicos. Francesco C. Palazzo ressalta que nas Constituições da Itália e da Espanha há um catálogo dos bens jurídicos merecedores de tutela penal, estabelecendo uma hierarquia de valores que serve de indicações despenalizadoras de ilícitos existentes, mas também de critérios para a reforma da parte especial dos Códigos.

Nessa linha de raciocínio, toda norma penal incriminadora reclama fundamentação constitucional, acarretando a descriminalização da conduta ou sua não aplicação, ao não encontrar respaldo em qualquer valor constitucional, expresso ou implícito<sup>65</sup>. Há, portanto, uma necessária relação entre a hierarquia de valores constitucionais e os bens jurídicos penalmente protegidos, e a ameaça aos primeiros demonstra a necessidade

---

<sup>63</sup> *A Constituição penal*, p. 47-49.

<sup>64</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 140-141.

<sup>65</sup> Nesse sentido: CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*, p. 23.

de criminalização de condutas<sup>66</sup>, atentando-se que a tutela de bens jurídicos pelo Direito Penal assinala os limites da legitimidade de sua intervenção em um Estado material de Direito<sup>67</sup>.

Demais disso, a consagração de direitos de terceira geração, de índole supraindividual, com previsão expressa em textos constitucionais recentes, v.g. nas Constituições portuguesa (1976), espanhola (1978) e brasileira (1988), reclama intervenção ativa do Estado Democrático para concretizá-los e, uma vez necessária, a atuação do Direito Penal para sua proteção efetiva.

Nas Constituições contemporâneas ainda encontraremos dispositivos que contêm cláusulas criminalizadoras, quais sejam, previsões, expressas e implícitas, de alargamento do campo de incidência do Direito Penal, reflexo do núcleo social do Estado, que reclama uma função ativa estatal na promoção de direitos, uma função propulsora da intervenção penal. São os denominados mandados de criminalização.

Ferrando Mantovani, debruçando-se sobre a Constituição italiana de 1948, destaca que o princípio personalístico, que coloca em primeiro lugar os valores da pessoa humana, e o princípio solidarístico-social, de remoção de obstáculos econômicos e sociais, “que limitam de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos e impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação na organização política, econômica e social do país”, constituem os limites fundamentais das escolhas do legislador penal e o lineamento de desenvolvimento do direito penal, investido em um delicado equilíbrio entre duas funções: a tutela dos direitos invioláveis do homem e de propulsão para “o cumprimento dos deveres individuais de solidariedade econômica e social e para a remoção de obstáculos econômico-sociais que se opõe a homogeneidade e predis põem à criminalidade”<sup>68</sup>.

Não é outro o entendimento de Francesco C. Palazzo, o qual reconhece nas Constituições italiana, alemã e espanhola a existência de cláusulas expressas de criminalização, que refletem uma sensibilidade constitucional na tutela de interesses difusos e sociais, “destinada a perdurar por todo o futuro no quadro das indicações de conteúdo, características do Estado Social”<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito pena*, p. 24.

<sup>67</sup> Idem, p. 102.

<sup>68</sup> MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: Cedam, 1979, p. 24-25.

<sup>69</sup> *Valores constitucionais e direito penal*, p. 103-104.

A Constituição Federal de 1988 erigiu a República Federativa do Brasil em um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar direitos individuais e sociais, com o objetivo de estabelecer uma igualdade material. Para alcançar esse desiderato, exige-se uma função ativa estatal que também se reflete na intervenção penal, justamente para a consagração de valores sociais, na tutela de interesses metaindividuais. Destarte, comungamos do entendimento de Luciano Feldens, no sentido de a Constituição funcionar não somente como limite material, mas também como fonte valorativa e fundamento normativo do Direito Penal<sup>70</sup>.

O advento do Estado Democrático de Direito coincide, inicialmente, com o domínio da doutrina finalista na dogmática jurídico-penal.

Representando uma mudança radical em face do positivismo formalista em relação ao positivismo jurídico formalista e ao relativismo axiológico, o finalismo surge com o objetivo de superar o positivismo, desiderato desejado, mas não alcançado com o neokantismo. A publicação da obra “*O Novo Sistema Jurídico-Penal*”, de Hans Welzel, em 1960, inaugura o domínio da doutrina finalista na dogmática penal. Conforme o próprio autor esclarece, a obra resume os capítulos mais importantes do “Manual de Direito Penal Alemão”, trinta anos após a publicação do artigo “Causalidade e ação”, no qual expôs pela primeira vez as ideias fundamentais da doutrina da ação finalista.

Influenciado pelos trabalhos dos psicólogos Karl Büheler, Theodor Erismann, Erich Jaench e Wilhelm Peters, dos fenomenólogos P.F. Linke e Alexander Pfänder, mas principalmente da Psicologia do Pensamento do filósofo Richard Höningwald<sup>71</sup>, Welzel sustenta sua teoria no método fenomenológico de investigação, com a formulação de um conceito pré-jurídico de pressupostos materiais, dentre os quais a conduta humana. Tais pressupostos existiriam antes de qualquer valoração humana e, portanto, precedentes à valoração jurídica. Não se cuida de uma doutrina puramente ontológica, pois considera, ainda que timidamente, o aspecto axiológico.

Com fundamento em estruturas lógico-objetivas, pré-jurídicas, pertencentes ao mundo do ser, Welzel parte da concepção de que homem, ser livre e responsável, é capaz de obrigar-se ético-socialmente. A estrutura da ação humana é lógico-objetiva e fenomênica,

---

<sup>70</sup> A Constituição penal, p. 38-39.

<sup>71</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 11-12.

constituindo o exercício de uma atividade final. A ação, portanto, passa a ser vista como um acontecer final e não puramente causal. A finalidade, qual seja o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, “graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta, designar-lhes fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins”<sup>72</sup>.

Destarte, a atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em função de um fim, concluindo Welzel que a finalidade é “vidente”, enquanto a causalidade é “cega”. A direção final, então, realiza-se em duas fases: a primeira transcorre completamente na esfera do pensamento com a antecipação do fim que o autor quer realizar, ao que se segue a seleção dos meios necessários para sua realização e a consideração dos efeitos concomitantes. Em conformidade com a antecipação mental do fim, a seleção dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes, o autor realiza sua ação no mundo real<sup>73</sup>.

O conceito de delito sofre uma transformação sem precedentes. A finalidade é transportada para o centro do injusto, caracterizado pelo desvalor da ação. No tipo há a identificação de elementos objetivos, que constituem o tipo objetivo, e elementos subjetivos, que encerram o tipo subjetivo. A antijuridicidade passa a possuir um conteúdo objetivo e subjetivo, sendo o injusto pessoal, exigindo o desvalor da ação e do resultado. Adota-se a teoria normativa pura da culpabilidade, a qual é constituída da imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Cuida-se de um sistema fechado, orientado pela função do Direito Penal em preservar a vigência de valores positivos de caráter ético-social, por meio da qual se concretizava a proteção de bens jurídicos.

A aceleração da globalização econômica – cuja percepção de seus efeitos somente se avulta recentemente, mas que se origina na década de 1960 –, e a constatação da existência de uma sociedade de riscos – cuja ideia atual surge em 1986 com o sociólogo alemão Ulrich Beck<sup>74</sup>, tendo por pedra de toque o avanço científico e tecnológico, com o desenvolvimento de ações perigosas –, encerram novos desafios a serem enfrentados pelos Estados constitucionais da democracia participativa. Com efeito, a par de dar azo a “um aumento

---

<sup>72</sup> *O novo sistema jurídico penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 27.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 28-29.

<sup>74</sup> *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.



espetacular e potencialmente explosivo das desigualdades sociais econômicas”, tanto no interior das nações quanto nas relações entre estas, a globalização viu-se acompanhar de tensões entre os aspectos econômicos, tecnológicos e sociais<sup>75</sup>.

Passam, então, a ganhar corpo as correntes do pensamento funcionalistas, ecléticas, que se agrupam com a denominação de pós-finalismo. Antonio Luís Chaves Camargo disserta que o funcionalismo desenvolve-se de forma ampla, considerando duas questões básicas: a necessidade de legitimação do Direito Penal, com novos conceitos de suas categorias, com o fim de justificar a intervenção do Estado na sociedade moderna e “a rapidez das mudanças sociais que exigem transformações radicais nos institutos jurídico-penais, quer quanto ao conteúdo dogmático, quer quanto às classes e tipos de sanções a serem aplicadas”<sup>76</sup>.

O funcionalismo mínimo funda-se no individualismo monista da Escola de Frankfurt, capitaneada por Winfried Hassemer, sustentando uma teoria do bem jurídico puramente individualista, denominada teoria pessoal do bem jurídico ou teoria monista – personalista, reputando que a missão do Direito Penal é a tutela dos bens jurídicos individuais, o denominado Direito Penal nuclear, limitado às necessidades de proteção de indivíduos concretos. Considera que o princípio da humanidade é o reitor do Direito Penal e da política criminal, apontando duas tendências atuais do sistema punitivo: a funcionalidade ou funcionalização e a desformalização dos seus instrumentos. Funcionalidade, no sentido que o Direito Penal e a política criminal integram-se para exercer sua função protetora e limitadora. Desformalização como caminho dessa funcionalização, eliminando barreiras de um Direito Penal garantista, as quais podem limitar fins políticos<sup>77</sup>.

Segundo o funcionalismo moderado, tendo por expoente Claus Roxin, o Direito Penal deve ser estruturado com base em juízos de valor de índole político-criminal. A elaboração do sistema jurídico-penal não deveria partir das estruturas lógico-objetivas, mas exclusivamente dos próprios fins do Direito Penal ou da pena. Introduce a política criminal no tratamento dogmático e sistemático dos problemas jurídico-penais.

O funcionalismo radical, também denominado funcionalismo normativista, cujo principal representante é Günther Jakobs, apresenta um conteúdo conceitual extraído das

---

<sup>75</sup> HOBBSAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 55-56.

<sup>76</sup> *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 42.

<sup>77</sup> CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 35.

funções do sistema social, justificando o Direito Penal por sua funcionalidade como subsistema do sistema social. Procura depurar os conceitos básicos do Direito Penal de todo e qualquer componente referido a realidade. Os conceitos são extraídos exclusivamente das funções do sistema social e sua concepção de Direito Penal adapta-se a qualquer política criminal e pode assumir qualquer modernização do Direito Penal, o qual deixa de ter a função de proteção de bens jurídicos, visando a garantir a identidade social da defraudação das expectativas das normas sociais.

As correntes do pensamento jurídico-penal funcionalista advogam a adoção de um sistema punitivo aberto, orientado por critérios de política criminal ou até mesmo renunciando à missão de proteção de bens jurídicos. Aspecto irrefutável dessa tendência é a construção da teoria da imputação objetiva de resultado, por Roxin, com critérios adequados à estrutura funcionalista teleológica de seu pensamento, sem que o Direito Penal abandone a tutela de bens jurídicos; e da teoria da imputação objetiva de comportamento e resultado, a qual decorre do funcionalismo sistêmico de Jakobs, preconizando a substituição do dogma do bem jurídico-penal pela danosidade social, representada pela negação do significado das normas, a qual acarreta uma disfuncionalidade do sistema, que justifica a intervenção penal.

Com efeito, pondera-se que a complexidade social “fez surgir uma série de fatos e comportamentos não previstos pelo legislador penal, o que o obrigou à produção de uma legislação extra-penal capaz de fazer frente a esta criminalidade apenas como um simbolismo, uma resposta do Direito Penal à sociedade, ansiosa por medidas que diminuam os crimes modernos”, o que reclama, na atualidade, revalidação dos valores vigentes e, em sincronia, em uma sociedade aberta, de risco, fórmulas de imputação objetiva que, dentro de um sistema aberto, possibilitam ao intérprete conduzir a reprovação penal aos casos efetivamente reprováveis<sup>78</sup>.

Sustenta-se ainda que a adoção de um sistema aberto norteados pelos princípios orientadores do Estado Democrático de Direito possibilitaria a discussão do sistema punitivo, quando analisado o fato violador das orientações sociais, adequando-se esse mesmo sistema a uma solução político-criminal, com a superação de um modelo fechado ante a complexidade dos problemas e conflitos proporcionados pela sociedade atual<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> CAMARGO, Antonio Luís Chaves Camargo. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 87 e 154.

<sup>79</sup> Nesse sentido, PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais: tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, p. 50-51.

Concorda-se que a leitura do Direito Penal diante de novas formas de criminalidade, que envolvem bens jurídicos difusos e coletivos, a exigir uma expansão da intervenção penal, fruto das exigências de um Estado Social e Democrático de Direito, não pode ser apenas dogmática, mas sim constitucional. Raciocinar sobre o modelo de Estado e um sistema punitivo conduz necessariamente à busca do fundamento constitucional do Direito Penal.

Um modelo de Estado que tem por maior fundamento a dignidade da pessoa humana e que visa a galgar à igualdade material, assegurando direitos econômicos e sociais, orientado pelo valor solidariedade, o que para tanto reconhece os direitos de terceira dimensão, deve adotar ferramentas adequadas ao combate dessas novas formas de criminalidade, sem descurar, evidentemente, das garantias herdadas do Estado Liberal. O sistema aberto é mais flexível, mas não significa que necessariamente pode solucionar todos os problemas advindos de uma sociedade complexa. O sistema fechado, em que uma norma hipotética fundamental se irradia sobre a Constituição, também é dinâmico na medida em que se buscam soluções para lacunas e antinomias no próprio sistema, e encontra-se apto a enfrentar a evolução do Direito Penal, com a necessária segurança jurídica sem a qual não se alcança, efetivamente, o ideal de justiça.

Destarte, um sistema punitivo de um Estado Social e Democrático de Direito, modelo adotado na Constituição Federal de 1988, tem seu fundamento da dignidade da pessoa humana e, para tanto, ao mesmo tempo em que são impostos limites ao *ius puniendi*, consagrando conquistas históricas de significado político e jurídico, a Lei Maior alicerça a tutela penal de bens que se relacionam com a busca de uma igualdade material e da realização do valor solidariedade, quais sejam, com os direitos sociais e econômicos, de segunda geração, e com os direitos difusos e coletivos, de terceira geração, todos a consagrar a dimensão intersubjetiva da dignidade da pessoa humana: a relação comunitária com os demais seres humanos, com vistas à plena realização de sua personalidade.

## CAPÍTULO II

### Princípios de Direito Penal no Estado Democrático de Direito

#### 2.1 Princípios e regras

Na sempre lembrada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é o mandamento nuclear de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo seu espírito, servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, de tal sorte que violar esse princípio

“é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer de uma norma qualquer. A desatenção do princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”<sup>80</sup>.

Na doutrina, prevalece o entendimento de que as normas compreendem os princípios e as regras jurídicas<sup>81</sup>, destacando-se os critérios do caráter hipotético-condicional, do modo final de aplicação e do conflito normativo para diferenciá-los<sup>82</sup>.

Segundo o critério hipotético-condicional, adotado por Josef Esser e Karl Larenz<sup>83</sup>, os princípios são normas que estabelecem fundamentos normativos para que o mandamento seja encontrado, enquanto as regras possuem uma hipótese e uma consequência, predeterminando uma decisão.

José Joaquim Gomes Canotilho distingue os princípios hermenêuticos dos princípios jurídicos. Os primeiros exercem uma função argumentativa, permitindo denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo<sup>84</sup>. Para Canotilho, os princípios jurídicos são verdadeiras normas, distintas qualitativamente de outra categoria de normas, quais sejam, as regras jurídicas; os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, que se compatibilizam com

<sup>80</sup> *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 922-923.

<sup>81</sup> Por todos, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 271.

<sup>82</sup> Nesse sentido, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39.

<sup>83</sup> *Apud* ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 40.

<sup>84</sup> *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1.035.

diversos graus de concretização; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, impõem, permitem ou proíbem, que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, enquanto a convivência das regras é antinômica, concluindo que os princípios coexistem e as regras antinômicas excluem-se<sup>85</sup>.

Cuida-se de adotar o critério do modo final de aplicação para a diferenciação entre os princípios e as regras. Estas últimas, conforme sustenta Ronald Dworkin, são aplicáveis de modo absoluto, tudo ou nada (*all-or-nothing*), e, portanto, ou a regra é válida e a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso nada contribui para uma decisão<sup>86</sup>, enquanto os primeiros não determinam a decisão e são aplicados de modo gradual, *mais ou menos*, contendo fundamentos que devem ser conjugados com os fundamentos de outros princípios<sup>87</sup>. Assim, ou a regra é válida e, portanto, aceita, ou deve ser encontrada exceção a essa regra.

Por outra vertente, os princípios podem ser diferenciados das regras jurídicas através do critério do conflito normativo. Os autores que o adotam consideram que a antinomia entre regras consubstancia verdadeiro conflito, solucionado com a criação de uma exceção ou com a declaração de invalidade de uma delas, enquanto o relacionamento entre os princípios “consiste num imbricamento a ser decidido mediante uma ponderação que atribui dimensão de peso a cada um deles”<sup>88</sup>.

Robert Alexy, com clara influência de Dworkin, considera que os princípios são mandamentos de otimização, constituindo-se em normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, enquanto as regras são sempre ou satisfeitas ou insatisfeitas. Uma vez que se repute válida uma regra, deve-se fazer exatamente o que determina, nem mais nem menos, asseverando que entre princípios pode ocorrer colisão, quando um deles deve ceder sem que seja declarado inválido, ao passo que entre regras há conflito, afastado com a criação de uma cláusula de exceção ou a declaração da invalidade de uma delas<sup>89</sup>.

Eros Roberto Grau destaca a distinção de Ronald Dworkin, asseverando que os princípios possuem uma dimensão de peso e importância que não é própria das regras

<sup>85</sup> *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1.035.

<sup>86</sup> *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39.

<sup>87</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 44.

<sup>88</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>89</sup> *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-94.

jurídicas; portanto, o conflito entre princípios deve considerar o peso relativo de cada um deles. Obtempera que não é possível afirmar que, no conflito entre regras, uma é mais importante que a outra, concluindo que, havendo colisão, uma delas não é válida<sup>90</sup>.

Observa ainda que o conflito de regras encerra antinomia, entendida como situação de incompatibilidade entre ambas, o que conduz à necessidade de eliminar uma delas do sistema, considerando que, no conflito entre princípios, a opção do intérprete por um deles, em detrimento daquele que lhe opõe, não implica desobediência do outro, é dizer, que esse tipo de conflito não resulta em antinomia<sup>91</sup>.

Humberto Ávila tece uma análise crítica dos critérios acima apontados, confirmando a valia de cada qual, e apresenta uma proposta de aperfeiçoamento conceitual de princípios e regras: os princípios são normas imediatamente finalísticas, determinam um fim a ser atingido e o objeto do fim é o conteúdo desejado. O fim estabelece um estado ideal a ser atingido, como forma geral para enquadrar os diversos conteúdos de um fim, e a instituição desse fim é o ponto de partida para a procura dos meios. Estes podem ser definidos como condições que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Os princípios, segundo essa concepção, seriam normas primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade. As regras são normas imediatamente descritivas e com pretensão de decidibilidade, demandando, para sua aplicação, a avaliação de correspondência na finalidade que lhe alicerça ou nos princípios que lhe são subjacentes<sup>92</sup>.

Todos os critérios de distinção são relevantes, eis que deles se depreende que os princípios harmonizam-se e admitem ponderação, conferindo-se peso a cada um deles. Dotados de normatividade, tal como as regras jurídicas, mas com um grau de generalização maior, atuam como “espírito informador do sistema, dando-lhe sentido e significado político”<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> *A ordem econômica na constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 93.

<sup>91</sup> Idem, p. 98, argumentando que aqui se manifesta a situação apontada por Dworkin, citando Robert Alexy: “a circunstância de, em determinado caso, a adoção de um princípio pelo aplicador do direito ou pelo intérprete, implicar o afastamento de outro, que com aquele entre em testilhas, não importa em que este seja eliminado do sistema, até porque - repito - *em outro caso*, e mesmo diante do mesmo princípio, este poderá vir a prevalecer. Robert Alexy observa que ao passo que os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, os conflitos entre princípios se verificam - visto que apenas princípios válidos podem colidir entre si - dentro da dimensão de peso”.

<sup>92</sup> ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 78-79.

<sup>93</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*, p. 65.

Não há, assim, de se falar de conflito entre princípios. No equilíbrio entre valores que expressam, um dos princípios poderá recuar, sem que seja declarado nulo ou que haja a introdução de uma cláusula de exceção. Há antinomia entre regras, excluindo-se uma delas quando contraditórias, prevalecendo uma em detrimento da outra, discutindo-se, na essência, a questão de sua validade.

O estudo dos princípios revela que se constituem em verdadeiros alicerces de um sistema jurídico. Encontramo-nos na terceira fase da juridicidade dos princípios, o pós-positivismo, no qual as Constituições acentuam sua hegemonia axiológica, “convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”<sup>94</sup>.

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal contempla um verdadeiro megaprincípio: a dignidade da pessoa humana, diretriz de capital importância, que norteia todos os princípios constitucionais penais.

Divergem os autores com relação à classificação dos princípios constitucionais penais. Há consenso no que tange à existência de princípios explícitos e implícitos, distinção que fornece a diretriz para sua identificação na Lei Maior. Antonio Carlos da Ponte, com esteio nas lições de Guillermo J. Yacubucci<sup>95</sup>, identifica quatro ordens de princípios: (i) os princípios constitutivos, configuradores ou materiais, de observância obrigatória, independentemente do sistema punitivo adotado, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana; (ii) os princípios fundamentais do Direito Penal, quais sejam, os princípios da legalidade, da anterioridade e da culpabilidade, sem os quais a própria essência do Direito Penal estaria comprometida; (iii) os princípios derivados, por exemplo, os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima, que decorrem da adoção dos princípios constitutivos e fundamentais; e (iv) os princípios éticos, ligados ao conteúdo ético, moral e ao próprio conceito de justiça esperado por ocasião da aplicação da lei penal, dentre os quais se encontram os princípios da adequação social e da humanidade<sup>96</sup>.

Para Luiz Luisi, os princípios constitucionais penais tendem todos a limitar a interferência penal, fixando-lhe fronteiras inderrogáveis, expressando as exigências do Estado

---

<sup>94</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 264.

<sup>95</sup> *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2002, p. 126.

<sup>96</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*, p. 64.

Liberal de Direito, e limitando a intervenção penal do Estado no sentido de garantir a inviolabilidade do direito a liberdade e de outras prerrogativas individuais<sup>97</sup>.

Em uma leitura constitucional de um Estado Social e Democrático de Direito, verifica-se que alguns desses princípios podem ter não apenas a função limitadora, mas também fundamentadora do Direito Penal, na medida em que expressam valores que influenciam o conteúdo da matéria a ser penalmente disciplinada.

## 2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Da perspectiva jurídico-constitucional, a determinação do significado e do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana encerra inúmeras dificuldades decorrentes de seu cunho polissêmico, além da vagueza e da imprecisão do conceito de dignidade da pessoa, caracterizado, no dizer de Carmen Lúcia Antunes Rocha, pela sua “ambigüidade e porosidade”, e pelo permanente processo de sua construção e desenvolvimento, não consistindo em uma criação constitucional, mas em um dos conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda a experiência especulativa<sup>98</sup>. Portanto, a noção de dignidade da pessoa antecede o seu reconhecimento pelo Direito positivo e somente poderá ser apreendida com a compreensão de sua evolução histórica.

Destaca Ingo Wolfgang Sarlet que a ideia do valor intrínseco da pessoa humana encontra suas raízes no pensamento clássico e no ideário cristão, assestando que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento existem referências ao ser humano ter sido criado a imagem e semelhança de Deus. O cristianismo extrai dessa premissa a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento, enquanto no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, a dignidade da pessoa humana relacionava-se com a posição social do indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, admitindo-se a existência de pessoas mais ou menos dignas<sup>99</sup>. De outra banda, no pensamento estóico, a dignidade era uma qualidade inerente ao ser humano, que o distinguia das demais criaturas, e todos os seres

---

<sup>97</sup> *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 57.

<sup>98</sup> O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, n. 04, 1999, p. 24 e 26.

<sup>99</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 30.



humanos eram dotados da mesma dignidade, noção que se encontra intimamente relacionada à liberdade pessoal de cada indivíduo e à ideia da igualdade em dignidade de todos os seres humanos<sup>100</sup>.

No início do medievo (séc. VI), os escritos de Anício Manlio Severino Boécio influenciaram todo o pensamento medieval e a noção contemporânea de dignidade humana, com a elaboração de uma nova definição de pessoa como “substância individual de natureza racional”, integralmente acolhida por São Tomás de Aquino, o qual considerou que o homem seria composto de substância espiritual e corporal, referindo-se, expressamente, ao termo “*dignitas humana*”<sup>101</sup>. No limiar da Idade Moderna, Giovanni Pico Della Mirandola, partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, sustentou que essa qualidade permite ao homem construir, de forma livre e independente, sua própria existência e seu próprio destino, sendo o seu próprio árbitro, soberano e artífice, com a capacidade de ser ou obter aquilo que deseja<sup>102</sup>.

A concepção da dignidade da pessoa humana consolidou-se no Iluminismo, tendo atravessado um processo de racionalização e laicização nos séculos XVII e XVIII, sob o influxo do jusnaturalismo, sem se afastar da ideia de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Nesse contexto, destaca-se o papel proeminente do pensamento de Immanuel Kant, o qual parte da autonomia ética do ser humano como fundamento de sua dignidade, sustentando que o homem, como ser todo racional, existe como um fim em si mesmo e não pode ser tratado como objeto, isto é, não pode ser simplesmente um meio para uso arbitrário dessa ou daquela vontade:

“Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm conteúdo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque sua natureza os distingue como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)”<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p.30

<sup>101</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 19-20, e SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 31-32.

<sup>102</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*, p. 32.

<sup>103</sup> Fundamentação da metafísica dos costumes. *Os Pensadores – Kant (II)*. Trad. Paulo Quintela, São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 134-135, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 33-34.

Para Kant, somente o ser racional possui a vontade e a faculdade de agir segundo a representação de leis e princípios, ordens que se formulam mediante espécies de imperativos. Portanto, apenas o ser humano, em decorrência de sua vontade racional, vive em condições de autonomia conforme as leis que ele próprio edita, e ao mesmo tempo em que se submete às leis da razão prática, o homem é fonte de leis de caráter universal que lhes conferem a qualidade de ser insubstituível, não tendo equivalente e não podendo ser trocado por coisa alguma, o que elucida o seguinte imperativo categórico: “*age unicamente segundo a máxima, pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que ela se transforme em lei geral*”<sup>104</sup>. A concepção kantiana influenciou sobremaneira a doutrina jurídica, ao assentar a vontade do homem na ideia de liberdade, repudiando toda e qualquer espécie de coisificação do ser humano.

Atualmente, a dignidade da pessoa humana é um valor moral e uma norma jurídico-positiva que desponta em várias Constituições, fundamento dos direitos e garantias fundamentais. As diversas ordens constitucionais consagram a ideia de que o homem, tão somente em razão de sua condição humana, é titular de direitos que devem ser reconhecidos pelo Estado e por outros seres humanos.

Assim, é indubitável que a dignidade da pessoa humana é um preceito jurídico, tornando-se necessário dar contornos ao seu conteúdo, o qual comporta, segundo o escólio de Paulo Vinicius Sporleder de Souza, três significados<sup>105</sup>. O primeiro é inspirado no imperativo categórico de Kant de que o homem sempre deve ser um fim e não um meio, afastando qualquer tentativa de sua instrumentalização. O segundo significado traz ínsito o valor liberdade. O fundamento da dignidade, diz o autor, é a autonomia da pessoa como ser responsável e dotado de autodeterminação, e a liberdade é a expressão dessa autonomia<sup>106</sup>. Assim, qualquer ato tendente a coibir as diversas manifestações da liberdade, frutos da autonomia pessoal, constitui um atentado à dignidade humana. O terceiro significado reside na noção de igualdade. Todos os seres humanos, independentemente das circunstâncias concretas, são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas, ainda

<sup>104</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 21.

<sup>105</sup> *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, p. 251-252.

<sup>106</sup> Ingo Wolfgang Sarlet sustenta a intrínseca relação entre as noções de liberdade e dignidade, eis que “a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e de direitos fundamentais de um modo geral) constituem uma das principais (mas não a única) exigências da dignidade da pessoa humana”, não sem antes alertar que essa liberdade (autonomia) é considerada em abstrato e consiste na capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*, p. 47-48).

que não se portem de forma digna consigo mesmas e nas relações com seus semelhantes, igualdade, aliás, proclamada no artigo 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948): “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência devem agir para com os outros em espírito e fraternidade”<sup>107</sup>.

Ainda no tocante à determinação do seu conteúdo, vislumbram-se as seguintes dimensões da dignidade da pessoa humana: a dimensão ontológica (intrínseca), a dimensão intersubjetiva (comunitária), e a dúplici dimensão negativa e positiva.

No dizer de Gomes Canotilho e Vital Moreira, a dimensão intrínseca e autônoma articula-se com a liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projeto espiritual de cada pessoa, existindo uma “constante antropológica”, sem prejuízo da necessidade de abertura para novas exigências da pessoa humana<sup>108</sup>. A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é inalienável e irrenunciável, deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo ser criada, concedida ou retirada, eis que é inerente a cada ser humano<sup>109</sup>.

Essa dimensão ontológica não se equipara a uma dimensão puramente biológica, pois não se olvida do aspecto histórico-cultural da dignidade que, sem descurar do respeito às condições mínimas de existência digna, determina-lhe um conteúdo que não seja universal, mas sim de acordo com o contexto da situação concreta de cada pessoa humana e de seu desenvolvimento social e moral, permitindo a identificação de suas violações.

De outra banda, a dimensão intersubjetiva pressupõe que a dignidade de cada pessoa deverá ser compreendida e respeitada com o relacionamento recíproco de uns com os outros<sup>110</sup>. Com efeito, consoante argumenta Ingo Wolfgang Sarlet, pelo fato de a dignidade estar ligada à condição humana de cada indivíduo, fica patente a existência de uma dimensão comunitária ou social da dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, em razão de todos serem iguais em dignidade e por conviverem em determinada comunidade, partindo-se da

<sup>107</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*, p. 46.

<sup>108</sup> *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. 1, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 199. Afirmam os renomados autores que a dignidade entendida como um bem autônomo exige respeito e proteção, dela defluindo, v.g., a proibição da pena de morte, da tortura e das penas desumanas e degradantes, e do tráfico de seres humanos.

<sup>109</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*, p. 44.

<sup>110</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 199.

relação com os demais seres humanos, sem que com isso se justifique o sacrifício da dignidade pessoal em favor da comunidade, o que implica na obrigação geral de respeito pela pessoa a um feixe de direitos e deveres correlativos de natureza não meramente instrumental<sup>111</sup>.

Os direitos fundamentais e os valores socialmente consagrados são reconhecidos justamente em razão dessa intersubjetividade, sem a qual a dimensão intrínseca da dignidade da pessoa humana não faria qualquer sentido, bem como não haveria de se falar na sua dimensão política que impõe sua proteção pela ordem jurídico-constitucional.

Jürgen Habermas considera que a dignidade da pessoa humana encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal modo que sua intangibilidade resulta das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, e apenas no âmbito do espaço da comunidade da linguagem o ser humano se torna indivíduo e dotado de racionalidade<sup>112</sup>.

A dignidade da pessoa humana assume ainda, simultaneamente, uma dimensão negativa e uma dimensão positiva. Em sua dimensão negativa ou defensiva, a dignidade reclama respeito, obstando a redução da pessoa à condição de mero objeto e gerando direitos fundamentais contra sua violação ou a sua exposição a graves riscos, enquanto que a dimensão prestacional ou positiva relaciona-se com a dimensão intrínseca, que, conforme mencionado, também aponta para a necessidade de atendimento de novas exigências do ser humano, as quais podem reclamar prestações públicas para sua promoção.

Destarte, ao Estado e à comunidade em geral incumbe preservar a dignidade existente, promovê-la, criando as condições que possibilitem seu exercício e desenvolvimento, e protegê-la, em uma perspectiva assistencial, ainda que ausente a capacidade de autodeterminação da pessoa. Conforme observa Ingo Wolfgang Sarlet, em determinadas circunstâncias, a dimensão protetiva da dignidade poderá prevalecer sobre a dimensão intrínseca, como nas situações em que a pessoa perde sua autonomia (por faltarem

---

<sup>111</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*, p.55-56.

<sup>112</sup> *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*, p. 57.

condições para uma decisão própria e responsável), mas remanesce o direito a ser tratada com dignidade (protegida e assistida)<sup>113</sup>.

A dimensão protetiva é encontrada no pensamento de Ronald Dworkin, que sustenta ser o direito à dignidade mais imperativo que o direito à beneficência (assim denominado o direito de uma pessoa, confiada aos cuidados de outra, de serem tomadas decisões que favoreçam seus interesses fundamentais), pois exige que a comunidade lance mão de qualquer recurso necessário para assegurá-lo, entendendo, ademais, que a dignidade da pessoa humana possui tanto voz ativa quanto voz passiva, as quais são interligadas, o que explica a proteção dessa dignidade ainda que a pessoa tenha perdido sua consciência e, portanto, sua autonomia, referindo-se ao princípio kantiano segundo o qual as pessoas devem ser tratadas como fins, nunca simplesmente como meios<sup>114</sup>.

Assim, a conceituação jurídica da dignidade de pessoa humana, a par de ostentar sua essência no compromisso de respeito à condição do homem como ser único, irrepetível, que não poderá ser instrumentalizado, deverá reunir todas suas dimensões, sendo formulada por Ingo Wolfgang Sarlet como

“a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência da vida em comunhão com os demais seres humanos”<sup>115</sup>.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e está prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, não estando incluída no rol dos direitos e garantias fundamentais, eis que se cuida do valor supremo de toda a ordem jurídica do Estado brasileiro, Democrático e Social de Direito. Em um sistema jurídico fechado, o megaprincípio da dignidade da pessoa humana está no ápice da pirâmide de Hans Kelsen, sob a qual estaria a Constituição Federal, e seria, portanto, a norma hipotética fundamental, cuja importância transcende os princípios constitucionais.

<sup>113</sup> Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*, p. 52.

<sup>114</sup> *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 326-339.

<sup>115</sup> *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*, p. 63.

Como valor fundante, a dignidade da pessoa humana é o alicerce dos direitos, garantias e deveres fundamentais, verificando-se que o dispositivo constitucional mencionado contém normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo, de não violação da dignidade, bem como normas que impõem condutas positivas de sua proteção e promoção<sup>116</sup>. Gomes Canotilho e Vital Moreira anotam mais particularmente que a dignidade da pessoa humana legitima a imposição de deveres públicos especiais de proteção com relação às pessoas em situações propícias a graves atentados contra essa dignidade, destacando a defesa da vida e da integridade do ser humano contra, *v.g.*, práticas eugênicas e de seleção de pessoas e tráfico de seres humanos<sup>117</sup>.

Em uma dimensão protetiva, o núcleo essencial dos bens relacionados à dignidade da pessoa humana, quais sejam, vida, liberdade, integridade física e moral, deverá ser tutelado pelo Direito Penal em face de ataques de maior grau de repulsividade, deduzindo-se da Constituição obrigações implícitas de criminalização, cuja existência é acatada por Jürgen Wolter, o qual expõe que, na medida em que se trate de posições extremas de dignidade humana, o Estado está obrigado a armar-se jurídico-penalmente<sup>118</sup>.

Luiz Regis Prado sustenta que toda a lei que viole a dignidade humana deve ser tida por inconstitucional, e que sua força normativa espargue por toda a ordem jurídica e serve de alicerce para os demais princípios fundamentais penais, asseverando que uma transgressão ao princípio da legalidade ou da culpabilidade implicará também, em última instância, uma lesão ao megaprincípio<sup>119</sup>. Nessa linha de raciocínio, vamos além: os bens jurídicos intrinsecamente relacionados com a dignidade da pessoa humana somente poderão ser eficazmente protegidos por meio do Direito Penal. Demais disso, bens jurídicos, como a ordem econômica, que visam a promover a vida digna, passam a ostentar maior relevância constitucional, o que já sinaliza para a legitimidade de sua criminalização. E, por fim, uma desobediência ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, em seu duplice aspecto, proibição do excesso e também proibição de proteção insuficiente pelo Direito Penal de um bem de valor constitucionalmente relevante, na tutela de direitos fundamentais, terna, sem dúvida, o princípio da dignidade da pessoa humana.

<sup>116</sup> *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*, p. 73, nota 159.

<sup>117</sup> *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 199-200.

<sup>118</sup> *Derechos Humanos y Protección de Bienes Jurídicos em um Sistema Europeo del Derecho Penal. Fundamentos de um Sistema Europeo del Derecho Penal*, p. 49, *apud* FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, p. 146.

<sup>119</sup> *Curso de direito penal brasileiro*, vol. I. 8ª. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 134-135.

Mais especificamente ao tema da presente investigação, ao se cotejarem os artigos 1º e 170, *caput*, da Lei Maior, vê-se que há evidente congruência entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro e os princípios da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tendo por fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da justiça social. A dignidade da pessoa humana, notadamente em sua dimensão comunitária e prestacional, é a diretriz da ordem econômica, conferindo-lhe especial importância na ordem dos valores constitucionais, permitindo-se que seja aquilatada a legitimação da criminalização de condutas que ofendam ou ameacem esse bem jurídico difuso.

### 2.3 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade ostenta significado político e jurídico.

Do enfoque político, referido princípio constitui uma garantia do cidadão em face do poder punitivo do Estado. Juridicamente, em sentido amplo, fundamenta-se no artigo 5º, inciso II, da CF, o qual estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Em sentido estrito, constitui-se na reserva legal, determinando que o conteúdo das normas penais incriminadoras somente pode ser fixado por uma lei penal formal, emanada do Poder Legislativo, de acordo com o processo previsto na Constituição.

O princípio da anterioridade constitui ainda um dos significados jurídicos do princípio da legalidade. Pode existir a anterioridade sem a legalidade, mas não o inverso. O exemplo dessa hipótese encontra-se nas medidas de segurança, que ostentam previsão legal, são certas, determinadas, mas não possuem prazo máximo, apenas mínimo, de duração, o que levou Ataliba Nogueira a afirmar que sua natureza não seria de pena, pois o escopo da medida de segurança exige que seu *quantum* seja indeterminado, devendo perdurar sua aplicação enquanto persistir a periculosidade<sup>120</sup>.

Segundo Luiz Luisi, o princípio da legalidade desdobra-se em três postulados: a) quanto às fontes das normas penais incriminadoras (postulado da reserva legal); b) quanto à

---

<sup>120</sup> NOGUEIRA, Ataliba. *Medidas de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1937.

enunciação dessas normas (postulado da determinação taxativa ou da taxatividade); e c) quando à validade das disposições penais no tempo (postulado da irretroatividade)<sup>121</sup>.

### 2.3.1 Princípio da Reserva Legal

O princípio da reserva legal encontra espeque no artigo 5º, inciso XXXIX, da Lei Maior. Historicamente, ostenta dignidade constitucional, tendo sido previsto expressamente nas Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1946, 1967 e na Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Há divergências doutrinárias quanto à sua origem. Nelson Hungria sustentava que o princípio teve seu nascedouro na Magna Carta de 1215<sup>122</sup>. José Frederico Marques divisou que se encontrava formulado direito ibérico da Idade Média<sup>123</sup>. Contudo, para Luiz Luisi é a partir do advento do Iluminismo que efetivamente surge a reserva legal, residindo seu fundamento histórico na teoria do contrato social<sup>124</sup>.

Conforme já exposto, no pensamento iluminista o Estado é instrumento de garantia dos direitos do homem, e, portanto, há uma limitação do poder estatal. Desse modo, dentre os direitos do homem insere-se a reserva legal: somente a lei, anterior ao fato, pode estabelecer a descrição de um delito e cominar a pena aplicável. Apenas a lei poderá estipular o que é ilícito.

---

<sup>121</sup> *Os princípios constitucionais penais*, p. 17, citando Ferrando Mantovani, que os relaciona como três naturais corolários do princípio da legalidade (*Diritto penale*, p. 39). Acerca do significado de postulado, Humberto Ávila assevera que os postulados normativos diferenciam-se dos postulados hermenêuticos, pois os primeiros estruturam a aplicação correta do Direito enquanto estes são destinados à compreensão de todo o Direito, sustentando que sempre que se está diante de um postulado normativo há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Conclui que não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional, pois: “Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primeiramente dirigidas ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se se situam no mesmo nível do objeto implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados justamente porque se situam no mesmo metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas” (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 122). Ao dissertar sobre cada um dos postulados, Luiz Luisi os denomina também como princípios, o que mostra que sua classificação não visava a essa distinção, razão pela qual a reserva legal, a taxatividade e a irretroatividade são aqui definidas como princípios.

<sup>122</sup> *Comentários ao código penal*, vol. I. Tomo 1º. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 30.

<sup>123</sup> *Tratado de direito penal*, vol. I. 1ª. ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 1997, p. 181.

<sup>124</sup> *Os princípios constitucionais penais*, p. 19.



Com a queda das monarquias absolutistas, o princípio da reserva legal passa a integrar os textos constitucionais e os códigos penais. Sua universalização dá-se com a inserção na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. O princípio é enunciado por Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach em 1813, com a consagrada expressão *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, procurando vincular seu fundamento jurídico com a prevenção geral, como fim da pena.

No século XX, com a ascensão do nazismo, houve reformulação do artigo 2º do Código Penal Alemão de 1871. O dispositivo previa expressamente a reserva legal, mas foi alterado, passando a considerar como fato punível aquele que merecia castigo segundo a lei e o sentimento do povo alemão. O princípio também foi vulnerado no Código Penal Soviético de 1926, que permitia a aplicação da analogia. Na Alemanha e na Rússia, o postulado foi restabelecido respectivamente em 1949 e em 1958. Tais exemplos bem demonstram que, na construção de Estados totalitários, a primeira providência é aniquilar com o princípio da reserva legal.

Superadas historicamente tais exceções, o referido princípio passou a constituir patrimônio comum dos povos civilizados, estando presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948.

A reserva legal encerra a exigência de que somente a lei penal formal, qual seja, proveniente do Poder Legislativo, segundo o procedimento previsto na Constituição, pode descrever a conduta delituosa e cominar sanções. Fruto da separação dos poderes, o princípio traz o significado da reserva de competência legislativa do parlamento, órgão considerado mais adequado para assegurar garantias ao cidadão em face do poder punitivo estatal, excluindo ainda o costume das fontes das normas penais incriminadoras. Por conseguinte, o adágio *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*.

Do princípio em tela decorre a proibição da analogia, salvo para beneficiar o réu. A analogia é o procedimento de integração de lacunas pelo qual se atribui a um caso não regulado a prescrição normativa prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante. Não há de se falar em lacunas normativas em normas penais incriminadoras, podendo ser aventada a existência de lacunas axiológicas, que deverão ser integradas de modo favorável ao agente da infração penal.

A analogia não se confunde com a denominada interpretação analógica, na qual o legislador, na elaboração de tipos penais, vale-se de fórmulas casuísticas a que se seguem fórmulas gerais, de modo que estas devem abranger todas as hipóteses semelhantes àquelas. Não se cuida da criminalização de uma conduta e da cominação de sanção sem expressa previsão legal, pois, no dizer de Luis Jiménez de Asúa, “*la propia ley quiere que se completen sus preceptos por analogia*”<sup>125</sup>. A lei determina que se amplie o conteúdo ou o alcance de uma norma, sem que se estiole a reserva legal.

Assinale-se que fenômeno da expansão do Direito Penal, decorrente do enfrentamento de novos problemas envolvendo bens jurídicos supraindividuais, dentre os quais o meio ambiente e a ordem econômica, impeliram o legislador a recorrer a técnicas que envolvem o emprego não somente da interpretação analógica como da norma penal em branco, a qual também não representa afronta ao postulado.

Na lei penal em branco, o conteúdo da norma primária demanda complemento por outra norma jurídica da mesma instância legislativa ou diversa. O comportamento proibido é indicado e sua integração dá-se por normas jurídicas penais e extrapenais. Se o complemento é proveniente da mesma instância legislativa, estaremos diante de leis penais em branco em sentido amplo, enquanto as leis penais em branco em sentido estrito são completadas por normas elaboradas pela autoridade administrativa.

Inexiste violação à reserva legal desde que, no dizer de Américo Taipa de Carvalho, a norma complementar extrapenal “respeite as exigências de determinabilidade ou tipicidade, também decorrentes do princípio da legalidade penal”, eis que “é o próprio legislador penal a definir, embora por remissão, a matéria da proibição penal e, portanto, a norma para que remete também assume, por força da remissão legal penal, natureza penal”<sup>126</sup>.

A reserva legal também incide na execução da pena. Na Constituição Federal de 1988, existem normas concernentes ao cumprimento da sanção penal: artigo 5º, incisos XLVIII, XLIX, e L, a par do princípio da individualização da pena, que será mais adiante exposto, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, que se estende ao momento da execução. Todos esses dispositivos também estão irradiados pelo princípio da reserva legal.

---

<sup>125</sup> *Tratado de derecho penal*. Tomo II. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 525.

<sup>126</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 159.

O Direito Penal reveste-se da função de garantia em razão desse princípio, o qual assegura o cidadão contra eventual arbitrariedade do Estado. O princípio da legalidade, de inspiração iluminista, é garantia individual, norma fundamental de direito penal, com dignidade constitucional.

Como já exposto, o Estado Liberal de Direito, no qual o poder é apenas guardião dos direitos individuais, vem sendo gradativamente substituído pelo Estado Social de Direito, que exerce função ativa, sendo o poder eminentemente participativo, ao exercer múltiplas atividades. O indivíduo iluminista é substituído pela pessoa que não é apenas titular de direitos, mas também de deveres para com a sociedade, a qual, por sua vez, titulariza seus próprios direitos, de natureza transindividual. Tem-se, portanto, defendido um renovado entendimento do princípio da legalidade, recomendando-se o uso de tipos abertos ou indeterminados em nome da realização da Justiça Material.

Para Luiz Luisi não existem reais incompatibilidades entre as exigências do Estado Social e o princípio da legalidade. No dizer do autor, para o resguardo desse princípio, sem prejuízo da proteção penal de bens coletivos, basta que o legislador traduza em leis precisas os valores substanciais, pois a indeterminação pode acarretar uma “criminalidade legalizada”. Isso porque o Estado Social tem inserido o postulado da liberdade pessoal e seu consectário lógico é o princípio da legalidade; assim, fica preservada a exigência de uma lei penal prévia, atual e certa<sup>127</sup>.

### **2.3.2 Princípio da Taxatividade ou da Determinação Taxativa**

O princípio da determinação taxativa, também conhecido por taxatividade, é um corolário lógico da reserva legal, e preconiza que as leis penais devem ser claras, além de, o mais possível, certas e precisas. Dirige-se ao legislador, vetando a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões vagas, ambíguas, equívocas ou de modo a ensejar entendimentos diferentes e contrastantes. Portanto, contém a determinação de uma lei penal certa, que reclama a clareza dos tipos, os quais não devem deixar margem a dúvidas, tampouco abusar de normas muito gerais, de tipos incriminadores vazios<sup>128</sup>: *nullum crimen sine lege certa*.

<sup>127</sup> *Os princípios constitucionais penais*, p. 30-32.

<sup>128</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29.

Sem esse postulado, o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois nada adiantaria a anterioridade da lei sem esta ser dotada de clareza e de certeza necessárias, indispensáveis para evitar formas arbitrárias de sua aplicação ou a variedade subjetiva de sua interpretação.

Outrossim, para que a lei penal tenha efetivamente força intimidatória, seu destinatário deve ter noção clara e inequívoca do seu conteúdo. A lei penal necessita, portanto, ser facilmente acessível a todos<sup>129</sup>.

O fundamento do postulado é de índole política, qual seja, proteger o cidadão do arbítrio judiciário<sup>130</sup>. No Brasil não há norma constitucional que a explicita, decorrendo do princípio da legalidade.

A inclusão de requisitos normativos no tipo penal, que demandam um juízo, por parte do intérprete, de valoração cultural ou jurídica, não viola o postulado, eis que sua utilização, notadamente no Direito Penal de uma sociedade de riscos, na proteção de bens jurídicos difusos e coletivos, mesmo sendo desejável e exigível que seja reduzida a um mínimo indispensável<sup>131</sup>, é inevitável, já que o princípio da taxatividade não encerra uma incompatibilidade lógica com a formulação de tipos penais com o emprego de expressões normativas, mas somente com elementos vagos que comportam a indeterminação do preceito primário<sup>132</sup>. Cabe aqui o alerta de que o querer “estabelecer tipos penais fechados para a proteção de tais bens jurídicos significa ignorar a dificuldade do tema e utilizar, na solução dos problemas, ferramentas inadequadas”<sup>133</sup>.

Assim, o emprego de tipos penais abertos, instrumental adequado às necessidades de expansão do Direito Penal com relação à tutela de bens supraindividuais, desde que não enunciem tão somente uma cláusula geral, quais sejam, os *tipos completamente abertos*, estes sim de inconstitucionalidade manifesta, não afronta o postulado em exame.

---

<sup>129</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 29.

<sup>130</sup> “Piú che in esigenze puramente razionali di certezza, il fondamento della tassatività va piú realisticamente individuato, conformemente alla sua genesi e ratio storica sul piano potestativo-garantista...Mentre il principio della riserva di legge assicura il monopolio della legge per evitare, innanzitutto, l'arbitrio del potere esecutivo, il principio di tassatività assicura innanzitutto la certezza della legge per evitare l'arbitrio del giudice, precludendogli la possibilità di punire i casi non espressamente previsti dalla legge” (MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. Padova: CEDAM, 1979, p. 96).

<sup>131</sup> Nesse sentido, CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal*, p. 163.

<sup>132</sup> Nesse sentido, MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, p. 101.

<sup>133</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*, p. 71.

Ainda que assim não se entenda, poder-se-ia sustentar que a taxatividade é uma regra jurídica que permite movimentação do princípio da legalidade, admitindo-se a existência de tipos penais abertos. As regras são aplicáveis de modo absoluto ou não (*all or nothing*), o que não ocorre com os princípios, que possuem uma dimensão de importância maior. E, existindo um conflito entre as regras, ou se declara a invalidade de uma delas, ou a antinomia se resolve com a criação de uma exceção. Assim, no conflito entre o tipo fechado, que atende à determinação taxativa, e o tipo penal aberto, que não a acolhe, este consistiria em uma exceção, sem a eliminação da regra, notadamente na tutela de bens jurídicos supraindividuais, dentre os quais se encontra a ordem econômica.

### **2.3.3 Princípio da Irretroatividade**

Cuida-se de postulado que é complemento lógico da reserva legal. Parte da exigência da atualidade da lei, somente alcançando fatos cometidos depois do início da sua vigência. *Nullum crimen nulla poena sine lege praevia*. É um instrumento de segurança do cidadão em face das mudanças de valoração do legislador, não podendo ser punido ou ser punido mais severamente por fatos que, na época da sua comissão, não eram apenados ou o eram de forma mais branda.

Patente a sua violação por ocasião da instituição dos Tribunais Militares de Nuremberg e do Extremo Oriente (Tóquio) nos anos de 1945 e 1946. Seus defensores procuraram justificar sua existência e a legitimidade dos julgamentos dessas Cortes em convenções internacionais, argumentação essa lastreada na denominada legalidade substancial, que tem como fonte o direito natural, em contraposição à legalidade formal, esta sim estrita, cuja fonte é única e exclusivamente a lei.

No Brasil, foi previsto nas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e na Emenda 1 de 1969. Na Carta Política de 1988, encontra-se no artigo 5º, inciso XL, e dispõe de forma clara acerca da retroatividade benéfica ao acusado, prevalecendo inclusive sobre sentença com trânsito em julgado.

Há polêmica no que tange à incidência do postulado com relação às leis de vigência temporária. Assoma a importância de apreciar-se a possibilidade da irretroatividade quanto às normas penais em branco, de franca utilização no Direito Penal moderno, sobretudo

na sua vertente econômica, cujo complemento extrapenal por vezes é temporário e, se alterado, pode implicar ou não supressão do caráter ilícito do fato.

Leis de vigência temporária são aquelas que trazem em seu texto o término de sua vigência. Dividem-se em leis excepcionais e leis temporárias. Leis excepcionais são as que vigoram durante determinadas situações de emergência, como, por exemplo, algumas normas do Código Penal Militar, que somente são aplicáveis durante a guerra. Leis temporárias são as que, decorrido o prazo de sua duração, perdem eficácia e deixam de vigorar.

Depreende-se da leitura do artigo 3º do Código Penal que as leis excepcionais e temporárias são ultrativas, ainda que prejudiciais ao acusado. Luiz Luisi reputa que não há qualquer problema na aplicação desse artigo no que se refere às leis excepcionais, pois, no seu entender, inexistiria retroatividade nessa hipótese, eis que se trata de lei existente, formalmente vigente, aplicada a fato ocorrido quando a mesma tinha eficácia. Contudo, considera que há inconstitucionalidade do dispositivo quando se cuida de lei temporária, por ser norma que não mais existe, e sua aplicação, após o prazo de sua vigência, significaria conferir retroatividade em desfavor do réu<sup>134</sup>.

Por sua vez, Cezar Roberto Bitencourt sustenta que a irretroatividade da lei penal é regra geral elevada a dogma constitucional pelo legislador constituinte de 1988, e a retroatividade da lei penal mais benéfica constitui-se em premissa menor, a exceção. Como a exceção deve vir prevista expressamente e não a regra geral, não se poderia exigir a exceção da exceção para excluir da retroatividade benéfica as leis temporárias e as excepcionais<sup>135</sup>.

E utilizando-se da distinção entre princípios e regras jurídicas, pode-se efetivamente sustentar que a irretroatividade é regra que dá movimento ao princípio da anterioridade, um dos significados jurídicos do princípio da legalidade.

É preciso, então, perscrutar se, com a alteração da norma extrapenal que funciona como complemento da lei penal em branco, houve ou não alteração da matéria de proibição, afeita à sua própria eficácia. Existindo a alteração, se mais gravosa, a irretroatividade é de rigor. Porém, se a norma penal em branco visa a assegurar o efeito regulador do complemento temporário contido em outro dispositivo legal, a modificação nele porventura levada a efeito,

---

<sup>134</sup> *Os princípios constitucionais penais*, p. 29-30.

<sup>135</sup> *Tratado de direito penal*, p. 169.

ainda que mais severa, é ultrativa, pois perdura o desvalor ético-social do comportamento proibido<sup>136</sup>.

Nos crimes contra a ordem econômica, tem-se como exemplo de norma penal em branco, em que a norma extrapenal que a completa é temporária, nas condutas descritas no artigo 6º, inciso I, da Lei n. 8.137/90: “vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço por preço superior ao oficialmente tabelado, ao fixado por órgão ou entidade governamental e ao estabelecido em regime legal de controle”. A alteração do preço tabelado, com v.g. a atualização de valores monetários, a par de não acarretar qualquer modificação da matéria de proibição, encerraria uma modificação de elemento integrador temporário e, portanto, ultrativo, ainda que prejudicial ao agente.

## 2.4 Princípio da Culpabilidade

O princípio da responsabilidade subjetiva é consagrado em várias Constituições, inclusive a brasileira.

Nos primórdios da civilização, a responsabilidade era objetiva, bastando que o agente causasse o dano. No final da Idade Média, o direito germânico passou a admitir a importância da vontade. O Direito Canônico exigia a presença do dolo e da culpa, apesar de, no direito medieval, haver forte presença da responsabilidade objetiva. O entendimento de que a culpabilidade é reprovação surge no século XVI. No Iluminismo, não há nenhuma contribuição em relação à culpabilidade. No decorrer do século XIX e início do século XX, reforça-se a ideia da relação psicológica do agente com o fato criminoso pelo qual é considerado responsável. A Escola Positiva considerava que a pena não é retribuição jurídica, mas se fundamenta na periculosidade.

Atualmente, em muitos Estados democráticos, a culpabilidade é inserida nos textos constitucionais. No Brasil, o princípio encontra-se implícito no artigo 5º, inciso LVII, e também se deduz no artigo 5º, inciso XLVI, da CF, que estabelece o princípio da individualização da pena.

Os princípios da culpabilidade e da dignidade da pessoa humana colocam o homem no centro do Direito Penal, como ser livre, capaz de autodeterminar-se. A

---

<sup>136</sup> Nesse sentido, PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 186.

culpabilidade representa uma limitação ao poder punitivo do Estado, ao condicioná-lo à prática de uma conduta típica e antijurídica, como uma das categorias do conceito analítico de infração penal, e ao proibir excessos na aplicação da reprimenda, após a formação do juízo de reprovação do injusto penal.

Decorre do princípio que a responsabilidade pelo fato delituoso é pessoal, eis que fundada na vinculação subjetiva, individual. Embora a ideia inicialmente possa conduzir a uma concepção de Direito Penal do autor, em face de ter como centro apenas o indivíduo e não o ilícito, o Direito Penal moderno é o Direito Penal do fato. O juízo de reprovação recai sobre o fato do agente, o comportamento humano que realiza o injusto penal.

O sistema punitivo de um Estado Democrático de Direito não acomoda concepções de culpabilidade que colocam em foco, com primazia absoluta, a pessoa do autor, tais como a culpabilidade do caráter, pela conduta de vida, sustentada pela primeira vez por Edmund Mezger<sup>137</sup>, e pela decisão de vida. Tais concepções estiolam o mandato de tolerância de um sistema punitivo democrático que não tem por missão ser tutor moral de um cidadão, moldar o homem, mas sim proteger bens jurídicos.

Francisco de Assis Toledo assinala que a construção de um sistema punitivo pode tomar por base o fato ou o autor ou ambos ao mesmo tempo, qualificando como puro “Direito Penal do fato” o sistema que considerasse exclusivamente o fato em contraposição a um puro “Direito Penal do autor”, no qual se leva em conta somente o autor, destacado do fato. Pondera que nenhum sistema apresenta essa pureza, tanto assim que entre as duas posições situam-se as correntes moderadas em prol de um Direito Penal do fato que também considere o autor<sup>138</sup>.

O ponto de partida será, portanto, o fato do agente, que terá precedência. Posteriormente, o agente será considerado no juízo de censura. A adoção da teoria normativa pura da culpabilidade bem reflete a concepção da culpabilidade pelo fato, sem descurar da consideração do agente, eis que se constitui em um juízo de valor que incide sobre o ilícito perpetrado, sem se afastar da apreciação da liberdade do agente, aferida pela exigibilidade de conduta diversa.

---

<sup>137</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 239.

<sup>138</sup> *Idem*, p. 251-252.



O princípio em tela atua como fundamento do *ius puniendi*, pois da liberdade do homem resultam consequências para sua vida comunitária, dentre as quais a imposição de pena, uma vez comprovada sua responsabilidade pela prática de uma infração penal, eis que essa “responsabilidade constitui-se em *culpa*, quando o existir (e o seu ser-livre) no comportamento que fundamenta, infringe ou viola determinações que o envolvem como seu dever-ser e, que, como tal, pertencem ao seu próprio ‘Ser’”<sup>139</sup>.

## 2.5 Princípio da Intervenção Mínima ou da Necessidade

Ainda que seja observado o princípio da legalidade, o Estado pode criar figuras delitivas iníquas e instituir penas vexatórias à dignidade humana. Assim, deve-se restringir ou até mesmo eliminar o arbítrio do legislador.

O princípio surge com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual dispõe que a lei deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias (art. 8º) e que somente é legítima a criminalização de um fato se é meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico, sendo que, se outras formas de sanção são suficientes para a tutela desse bem, então a criminalização é incorreta. Destarte, a sanção penal deve ser indispensável para a proteção jurídica de valores essenciais à vida em comunidade<sup>140</sup>.

Nos textos constitucionais contemporâneos, o princípio não está explicitado. No Brasil, decorre implicitamente dos artigos 1º, inciso III, e 5º, *caput*, da Constituição Federal. Com efeito, a nossa Lei Maior, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana, estabelece a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade. Portanto, a privação ou restrição a esses bens invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem ou dos bens instrumentais indispensáveis à sua realização social<sup>141</sup>. O sentido do princípio é claramente limitador da intervenção penal, orientando o legislador na elaboração de novos tipos penais.

<sup>139</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade, culpa, direito penal*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 152.

<sup>140</sup> LUISI, Luiz. *Os Princípios constitucionais penais*, p. 39.

<sup>141</sup> *Idem*, p. 40.

Desse princípio extraem-se dois corolários: o caráter fragmentário e a natureza subsidiária do Direito Penal. Fragmentário conquanto o Direito Penal é um sistema descontínuo de ilícitos: tutela os bens jurídicos mais essenciais à vida comunitária das lesões mais graves; subsidiário pois é a *ultima ratio*, somente se justificando quando os demais ramos do direito fracassem em dar a devida tutela para bens jurídicos relevantes. O Direito Penal deve, assim, ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade. Em um modelo de Estado Democrático de Direito não se punem, por exemplo, como acima exposto, condutas imorais sem qualquer danosidade social.

Claus Roxin argutamente observa que o princípio da subsidiariedade se depreende do princípio da proporcionalidade, o qual deriva do modelo de Estado de Direito: somente deverá ocorrer a intervenção penal quando outros meios menos severos não prometam ter êxito suficiente para a missão do Direito Penal, a forma mais severa de intromissão estatal na liberdade do cidadão, pois supõe uma vulneração da proibição do excesso o fato de o Estado lançar a mão “*de la afilada espada del Derecho penal*” quando outras medidas de política social podem proteger igualmente ou com mais eficácia determinado bem jurídico<sup>142</sup>.

Recentemente, tem-se verificado o fenômeno denominado “inflação legislativa” ou “hipertrofia penal”, e, com o objetivo de freá-lo, socorre-se do argumento da necessidade inalterável de tutela penal e da proporcionalidade.

Não há dúvida que o bem jurídico deve ser superlativo para o convívio social e sua agressão deve ser realmente grave. Somente se houver fracasso de outras formas de punição ou composição de conflitos, isto é, quando falharem as outras formas de controle social ou outros ramos do direito em dar a devida tutela para bens jurídicos relevantes, o legislador está legitimado a valer-se da intervenção penal.

Contudo, o argumento crítico da hipertrofia penal tem sido empregado como objeção à inserção do Direito Penal na tutela de bens supraindividuais, sob a alegação de manifesta oposição à sua fragmentariedade e subsidiariedade<sup>143</sup>.

Entretanto, há de se considerar que o reconhecimento de direitos de segunda e terceira dimensão, de natureza metaindividual, pelas Constituições dos Estados Sociais e

---

<sup>142</sup> *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 1997, p. 65-66.

<sup>143</sup> Aponta a objeção FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*, p. 56.

Democráticos de Direito, impõe a concretização desses direitos por meio de uma intervenção estatal ativa, inclusive via Direito Penal. Destaca Luciano Feldens a existência de novos anseios e necessidades para o homem moderno que igualmente se mostram merecedores de proteção penal. Observa o autor que:

“se por um lado o Direito Penal vê-se contingenciado pelo princípio da intervenção mínima, por outro não há renunciar-se ao Direito Penal nas zonas onde sua atuação é necessária. É dizer, se o princípio da intervenção mínima se contrapõe à denominada *fuga ao Direito Penal*, tampouco a *fuga do Direito Penal* revela-se como solução, não se mostrando aceitável a afirmação de que o Direito Penal não pode ou não deve intervir onde não exista um bem jurídico individual e clássico”<sup>144</sup>.

Acrescente-se ainda a intervenção penal constitucionalmente necessária, decorrente do reconhecimento (não pacífico na doutrina) da existência de mandados, imposições ou cláusulas constitucionais de criminalização, zonas de intervenção penal obrigatória, fixadas, expressa ou implicitamente, na Lei Maior, exigindo do legislador penal a tipificação de condutas que ofendam direitos fundamentais, ou, na hipótese de já existir a proteção penal, que esta não seja insuficiente e não possa ser retirada. A proporcionalidade, da qual decorre a subsidiariedade, no sentido de proibição do excesso, assume aqui outra vertente a ser aferida: a proibição de proteção deficiente. A elevada dignidade penal dos bens fundamentais, por si só, implicaria um juízo positivo de necessidade penal, não desafiando, pois, o princípio da intervenção mínima.

## 2.6 Princípio da Ofensividade ou da Lesividade

O mencionado princípio preconiza que o Direito Penal somente pode ser aplicado quando um bem jurídico é lesionado ou quando há perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. A lei somente pode criar tipos penais incriminadores capazes de ofender bens jurídicos. O espeque do princípio estaria situado no artigo 98, inciso I, da CF. Conforme assevera Antonio Carlos da Ponte: “O princípio da ofensividade está diretamente ligado à opção por um Estado Democrático de Direito, e busca refutar de todas as formas o ‘Direito Penal da vontade’, sustentado com tanta veemência pelos nacionais-socialistas”<sup>145</sup>.

Com efeito, os doutrinadores da Escola de Kiel defendiam um direito penal de perigo em substituição a um direito penal de resultado, concebendo o conceito material de

<sup>144</sup> *Crimes eleitorais*, p. 57-58, citando CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999.

<sup>145</sup> *Idem*, p. 77.

crime como uma infração de um dever ao Estado, em uma concepção totalitária em que se aniquilou o princípio da legalidade.

A exigência da lesão ou do perigo de lesão a um bem jurídico para aferição da tipicidade constituiu ponto nevrálgico da teoria do delito para os neokantistas, para os quais não bastava a mera adequação típica, formal, mas a verificação da tipicidade material.

Na concepção de um Estado Democrático de Direito, o princípio da ofensividade revela a função da Constituição como limite material ao Direito Penal, pois, uma vez que se admita que um interesse seja socialmente relevante, a conduta, para adquirir dignidade penal, deve retratar uma hipótese de dano ou perigo a um bem ou direito alheio, individual ou transindividual<sup>146</sup>.

O princípio em apreço veda, destarte, a punição de condutas que não constituam um fato exterior e pelo menos com potencialidade lesiva a um interesse individual ou coletivo alheio, como forma de regulação da atitude interior ou da personalidade do agente, reprovando-se, pelo Direito Penal, comportamentos imorais ou pecaminosos: *nullum crimen sine inuria*.

O estudo do princípio assume especial relevância diante do fenômeno da expansão do Direito Penal, com o surgimento do Direito Penal Moderno, cuja expressão mais candente é o Direito Penal Econômico. Isso porque o Direito Penal Moderno caracteriza-se pela utilização de tipos de perigo abstrato.

Com efeito, Ângelo Roberto Ilha da Silva assevera que assim como há bens jurídicos tradicionais dignos de tutela penal, novos bens têm-se incorporado diante das necessidades hodiernas e devem ser preservados, e, em certos casos, com um modelo legal, como o meio ambiente e a ordem econômica. Segundo o autor, da mesma forma como ocorre nos crimes ambientais, os crimes econômicos ostentam bens sujeitos a ataques e que merecem ser preservados, o que o leva a afirmar que “os crimes de perigo abstrato, por vezes, apresentam-se com o único recurso possível para empreender uma séria e real tutela”, concluindo que não afrontam o princípio da ofensividade sempre que visem a proteger bens

---

<sup>146</sup> FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 34.

que requeiram tal forma de tutela antecipada e a infração penal não configure mera violação de dever de obediência<sup>147</sup>.

## 2.7 Princípio da Proporcionalidade

Embora a primeira concepção de equilíbrio entre o mal provocado pelo delito e a sanção remonte à lei do talião, o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade recebeu impulso durante o Iluminismo, posteriormente perpassando sua incidência somente no Direito Penal e alcançando vários ramos do Direito Público, notadamente o Direito Administrativo e o Direito Constitucional<sup>148</sup>.

As obras clássicas de Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu (*O Espírito das Leis*, 1747) e de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria (*Dos Delitos e das Penas*, 1764), contribuíram decisivamente para compreender a proporcionalidade necessária entre os delitos e as sanções penais<sup>149</sup>. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao proclamar que as leis não devem estabelecer outras penas que não as estrita e evidentemente necessárias, abarcou a proporcionalidade implicitamente no princípio da legalidade<sup>150</sup>.

Humberto Ávila reputa que se cuida de um postulado normativo aplicativo, cuja aplicação tem suscitado numerosos problemas, um deles advindo do emprego da palavra “proporção”, com diversas acepções nos diversos ramos do Direito Público e Privado. Sua aplicação se dá somente em situações em que há relação de causalidade entre um meio e um fim, procedendo-se, então, aos três exames (critérios ou também denominados na doutrina de princípios ou ainda considerados como regras) que lhe são fundamentais: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: RT, 2003, p. 95 e 101.

<sup>148</sup> No dizer de Paulo Bonavides: “A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, notadamente o princípio da igualdade” (*Curso de direito constitucional*, p. 395).

<sup>149</sup> Nesse sentido: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 41-50, e FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, p. 157.

<sup>150</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, p. 158.

<sup>151</sup> *Teoria dos princípios*, p. 160-162.

Robert Alexy utiliza a denominação “máxima de proporcionalidade”, que guarda conexão com os princípios e constitui-se de três regras parciais, quais sejam: a adequação, a necessidade, entendida como mandamento do meio menos gravoso, e a proporcionalidade em sentido estrito, consistente no mandamento de sopesamento propriamente dito<sup>152</sup>. Demais disso, há dificuldades terminológicas, designando-se a proporcionalidade como sinônimo de “proibição do excesso”, “adequação”, “exigibilidade”, “menor interferência possível”, “do meio mais suave”, dentre outras expressões elencadas na doutrina alemã<sup>153</sup>, ou procurando assemelhá-la ou diferenciá-la das ideias de razoabilidade, acepção inglesa e da Suprema Corte americana, ou de racionalidade, concepção italiana.

Perfilhamo-nos aqui ao entendimento de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, segundo a qual a proporcionalidade possui a natureza de princípio jurídico, eis que, à parte de sua generalidade e do aspecto vago do que impõe, é possível também verificar que se encontra entre as normas superiores do ordenamento jurídico, de nível constitucional, norteando toda a atividade penal, no âmbito legislativo e na aplicação da lei penal nos casos concretos<sup>154</sup>.

A proporcionalidade em Direito Penal encerra um juízo analítico da adequação (idoneidade), da necessidade (exigibilidade) e de proporcionalidade em sentido estrito. O meio escolhido deve ser idôneo para atingir o fim perseguido, qual seja, a legitimidade da tutela jurídico-penal, examinando se os bens ou interesses que se buscam tutelar são socialmente relevantes e encontram fundamento na Lei Maior. A máxima da exigibilidade conduz a perquirir se a utilização da lei penal é necessária para o fim de proteção do bem jurídico. E, por fim, a apreciação da proporcionalidade em sentido estrito envolve a ponderação, visando a apurar se o meio utilizado configura-se ou não desproporcional em relação ao fim objetivado, levando em conta o prejuízo causado ao direito fundamental.

---

<sup>152</sup> *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 116-117. Considerando que o termo “postulado” é, sem dúvida, correto, mas que se limita a contornar o problema, e que o termo “regra de proporcionalidade” é o mais apropriado, Virgílio Afonso da Silva pondera: “Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em *princípio da proporcionalidade*, o termo ‘princípio’ pretende conferir importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade” (*O proporcional e o razoável*, Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, p. 26). Paulo Bonavides ora se refere a “regra da proporcionalidade”, ora afirma que a proporcionalidade foi consagrada por princípio ou máxima constitucional, possuindo também estatuto de princípio geral do direito (*Curso de direito constitucional*, p. 399-401).

<sup>153</sup> Sobre as ambiguidades terminológicas, ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 402-407.

<sup>154</sup> *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 59.

O princípio em tela trabalha com o conceito de Justiça de um Estado Democrático de Direito, igualmente pregando um equilíbrio abstrato entre a infração penal e pena feita pelo legislador, e concreto, realizado pelo juiz<sup>155</sup>. Assim, o legislador penal deve observar o justo equilíbrio entre a gravidade do fato, a intensidade de lesão ao bem jurídico e a sanção abstratamente cominada. Ao juiz se dirige a exigência de que a pena, medida pela culpabilidade do autor, não pode ser superior, nem inferior ao seu grau de responsabilidade pela prática do fato.

O princípio da proporcionalidade igualmente incide no Direito Penal em duas dimensões: a proibição de excesso, limitando a intervenção penal, e a proibição da proteção deficiente, legitimando a readequação da tutela penal quando esta se demonstrar insuficiente em face de valores de inegável relevância constitucional.

Com efeito, no cumprimento de sua missão de proteção de bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, o Estado, por meio do Direito Penal, pode afetar de modo desproporcional um direito fundamental, atuando assim a proporcionalidade, em sua face de proibição de excesso, como limite à intervenção penal. Contudo, o Estado também poderá descumprir o dever de proteção penal a determinados bens jurídicos ao atuar de forma insuficiente, o que se situa no plano da proibição da proteção deficiente, a qual encerra “uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em uma *omissão*, total ou parcial – vulnera um direito fundamental”<sup>156</sup>, relacionando-se a uma obrigação de tutela e refletindo a atuação ativa do Estado. Evidentemente que tal apreciação da proibição deficiente está relacionada à aferição da necessidade da intervenção penal, por meio da magnitude do bem jurídico e da agressão, ou perigo, ao qual possa ser submetido, e serve, portanto, como um critério de controle das normas penais.

## 2.8 Princípio da Insignificância

Hans Welzel introduziu no Direito Penal o denominado princípio da adequação social, segundo o qual a conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, quando não se constitua em causa de justificação, pode ser entendida como não lesiva ao bem jurídico

---

<sup>155</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*, p. 79-80.

<sup>156</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*, p. 109.

tutelado, pois não é socialmente reprovável. As condutas adequadas socialmente estariam excluídas da tipicidade material, o que não importa afirmar que serão sempre modelares eticamente, pois delas se exige “apenas que se situem dentro da moldura do comportamento socialmente permitido ou, na expressão textual de Welzel, dentro do quadro da liberdade de ação social”<sup>157</sup>, o que, para o criador da teoria finalista da ação, afastaria as lesões insignificantes da intervenção penal.

Claus Roxin foi além, ao enunciar o princípio da insignificância, proposto para determinar o conteúdo do injusto, permitindo excluir, da maioria dos tipos penais, os danos de menor importância:

*“Bajo el prisma del principio nullum crimen es precisamente lo contrario lo justo: es decir, una interpretación restrictiva que actualice la función de carta magna del Derecho penal y su ‘naturaleza fragmentaria’ y que atrape conceptualmente solo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico. Para ello hacen falta principios como el introducido por Welzel, de la adecuación social, que no es una característica del tipo, pero si un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conductas socialmente admisibles. A esto pertenece además el llamado principio de la insignificancia, que permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia: maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad corporal, sino solamente uno relevante; análogamente deshonesto en el sentido del Código Penal es solo la acción sexual de una cierta importancia, injuriosa en una forma delictiva es solo la lesión grave a la pretensión social de respeto”<sup>158</sup>.*

Portanto, o Direito Penal, por meio da adequação típica, deve intervir somente quando exista uma lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo-se a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves: *minima non cura praetor*. O fato penalmente insignificante receberá, então, tratamento mais adequado em outros ramos do Direito.

Mais recentemente, da ótica de uma teoria constitucional estrita do bem jurídico, Giovanni Fiandaca, ao elencar os princípios constitucionais de inspiração liberal como uma das diretrizes programáticas de uma tutela penal constitucionalmente orientada, alude a uma orientação a favor da descriminalização dos crimes de bagatela, assim entendidos como aqueles estabelecidos para a proteção de um interesse carente de relevância constitucional explícita ou implícita ou como subespécies de tipos penais que ocasionam lesões

<sup>157</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 132.

<sup>158</sup> *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2006, p. 73-74.



insignificantes de um bem de escassa relevância<sup>159</sup>. Por outro lado, Márcia Dometila Lima de Carvalho atenta que o princípio referido “deve ser inferido do confronto com os princípios constitucionais vigentes” e não somente do estudo do bem jurídico considerado isoladamente ou atrelado apenas aos fins da pena<sup>160</sup>.

De toda sorte, não se pode negar que a incidência do princípio em questão pode gerar insegurança jurídica ante a ausência de critérios palpáveis para medir o que pode ser considerado lesão insignificante ao bem jurídico protegido, notadamente bens supraindividuais e, dentre estes, quando a tutela penal necessária se dá por meio de tipos de perigo abstrato ou tipos de acumulação, justamente em face da constatação, por parte do legislador, que uma conduta, isoladamente considerada, poderá até não representar qualquer lesão relevante ao bem jurídico protegido, mas sua reiterada prática acarretará um dano de magnitude que dificilmente será revertido.

O princípio da insignificância deve, então, ser analisado do prisma da proporcionalidade, ponderando-se a importância do bem jurídico atingido ou colocado em perigo e o grau da potencialidade lesiva da conduta ou da extensão da lesão que se produziu, uma vez que

“a constatação acerca da insignificância jurídico-penal de uma conduta determinada não é senão a realização de um juízo *concreto* de desproporcionalidade, que se realiza acerca da potencial incidência de uma medida legalmente prevista (a sanção penal) a uma situação de fato”<sup>161</sup>.

## 2.9 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana, tendo sido consagrado com o advento do Iluminismo, vinculando o Direito Penal à inexistência de penas degradantes. Insere-se nas Constituições do Estado Social e Democrático de Direito. É encontrado na Declaração dos Direitos do Homem de 1948, na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, e no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966.

<sup>159</sup> O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloisa Estellita Salomão. *Revista dos Tribunais*, vol. 776, jun. 2000, p. 428.

<sup>160</sup> *Fundamentação constitucional do direito penal: crimes econômicos, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, legalidade, culpabilidade e justiça social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 36.

<sup>161</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*, p. 191.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio está consagrado em diversos dispositivos. A Lei Maior, em seu artigo 5º, incisos XLVII, veda a pena de morte – salvo no caso de guerra declarada – e as penas de caráter perpétuo, de trabalho forçado, banimento, e cruéis. Frise-se que a abolição da pena de morte é uma tendência das legislações contemporâneas, e somente a Constituição de 1937 e a Emenda n. 1/69 não estabeleceram sua vedação. Demais disso, o Brasil ratificou, em 28 de setembro de 1989, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1984<sup>162</sup>.

No artigo 5º, inciso XLIX, encontra-se assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, enquanto o inciso XL garante às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Por meio da sanção penal, o Estado responde às agressões que sofre com o cometimento da infração penal, mas não deve descurar da observância do princípio da dignidade da pessoa humana, sem que se afaste o caráter aflitivo da pena.

---

<sup>162</sup> O art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, reza que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

## CAPÍTULO III

### O bem jurídico-penal

#### 3.1 Evolução histórico-doutrinal do bem jurídico-penal

Com inegável relevo na teoria do delito como seu conteúdo material, a determinação do conceito de bem jurídico-penal revela-se crucial para a política criminal<sup>163</sup>, pois, ao mesmo tempo em que estabelece limites ao poder punitivo, acarretando a despenalização de condutas puramente morais ou que expressem manifestações religiosas, políticas ou ideológicas, sem qualquer dano social, estabelece o conteúdo da matéria a ser penalmente disciplinada, legitimando a intervenção punitiva estatal, vinculando o legislador no que tange à construção de tipos penais, e fornecendo ainda o alicerce teórico para a compreensão dos mandados de criminalização.

Na busca de um conceito de bem jurídico-penal consentâneo com a concepção de Estado Social e Democrático de Direito, reclamando, como adiante se verá, sua ancoragem na Lei Maior, faz-se necessária uma digressão acerca de sua evolução histórico-doutrinal, o que permite verificar diferentes e marcantes contribuições da Ciência do Direito quanto à importância do bem jurídico para delimitar o conteúdo material do ilícito e encontrar os primeiros argumentos que alicerçam a discussão da legitimidade da tutela penal dos denominados bens jurídicos supraindividuais, dentre os quais, como se verá adiante, se relaciona a ordem econômica.

Outrossim, na investigação da evolução histórica do conceito do bem jurídico-penal, não se pode descurar do alerta de Manuel da Costa Andrade:

“A impressão que a história do bem jurídico deixa é a de um processo em espiral ao longo do qual se sucederam fenômenos de revolução no sentido etimológico (*revolutio*), de retorno ao que se julgava já irrepelivelmente abandonado. Não menos vincada é a impressão de extrema liquidez e mimetismo do conceito, capaz de assumir os conteúdos e desempenhar os papéis aparentemente mais irreconciliáveis e antinômicos”<sup>164</sup>.

<sup>163</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, p. 35-36.

<sup>164</sup> A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de ‘bem jurídico’. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 391.

### 3.1.1 Feuerbach e Birnbaum: as origens do conceito

As raízes do conceito de bem jurídico-penal encontram-se no Iluminismo, cuja vertente jurídica, ao tencionar traçar limites ao exercício do *ius puniendi*, deu contornos à concepção de crime de matiz individualista que apresentava como pressupostos o direito subjetivo, a danosidade social e a necessidade da pena<sup>165</sup>. Nascida na primeira metade do século XIX, a ideia de bem jurídico estava inicialmente relacionada com o enfoque do crime como uma lesão de um direito que deveria ser respeitado.

Fundamentando o poder do Estado no contrato social, influenciado pelo iluminismo, jusracionalismo e pelo idealismo kantiano<sup>166</sup> e procurando estabelecer a distinção entre Direito e moral, Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, já no final do século XVIII, havia conceituado o crime como a violação de um direito subjetivo do cidadão ou do próprio Estado, o qual atuaria como defensor da liberdade e não para a promoção da cultura ou da moralidade, reputando a pena como a “consequência jurídica duma lei fundada na necessidade de preservação dos direitos alheios”<sup>167</sup>.

O Código Penal da Baviera de 1813, de autoria de Feuerbach, consagrou seu ideal em recusar a criminalização de condutas contra a religião e a moral e delimitou o ilícito criminal e o ilícito civil, remetendo para a esfera administrativa ou policial, v.g., a sodomia, a heresia, a prostituição, a formação de seitas e o concubinato<sup>168</sup>.

Contudo, é na publicação, em 1834, da obra “*Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Enrenkränkung*”<sup>169</sup>, um estudo sobre a tutela da honra, de autoria de Johann Michael Franz Birnbaum, que tem origem a doutrina do bem jurídico-penal, inaugurando um novo paradigma geral de compreensão do crime, seu objeto e respectiva lesão, do conteúdo material da ilicitude e imprimindo novel sentido à ideia de danosidade social<sup>170</sup>.

<sup>165</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo, RT, 2003, p. 37.

<sup>166</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 44.

<sup>167</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 43.

<sup>168</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 39.

<sup>169</sup> Traduzido para o espanhol: *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, Julio Cesar Faira Editor, 2010.

<sup>170</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 51.

Birnbaum não chegou a empregar exatamente a locução “bem jurídico” (*Rechtsgut*), tampouco o definiu precisamente, mas sim utilizou outras expressões que poderiam corresponder ao seu conceito, razão pela qual lhe foi consensualmente atribuída sua paternidade. Partiu da definição de bem material, de caráter concreto, real e objetivo, suscetível de violação e deu-lhe primazia sobre os direitos subjetivos, marcando a passagem da lesão destes para a lesão de “coisas” do mundo exterior e objetivo, valoradas como bens jurídicos<sup>171</sup>. A tutela penal deveria, então, ter por objeto tão somente bens jurídicos materiais<sup>172</sup>.

No entanto, Maria da Conceição Ferreira da Cunha alerta para a ambivalência na construção de Birnbaum, o qual, se por um lado pretendeu destacar o caráter concreto do bem jurídico, por outro fez referências a bens imateriais como honra, bons costumes e valores religiosos<sup>173</sup>. Com efeito, Birnbaum contrapôs ao pensamento individual-pessoal a referência sistêmico-social e procurou resolver a tensão entre ambos, reconhecendo, simultaneamente, autonomia ao sistema social e ao indivíduo, posição entre o pensamento de Feuerbach e Binding, o que se verifica na distinção entre bens individuais e coletivos, estes últimos relacionados à religião ou à moral, elevados à categoria de bens jurídicos<sup>174</sup>.

Para Juarez Tavares, Birnbaum, na verdade, tinha outro propósito, que era adequar a teoria do delito às normas do Direito Penal vigente e que entravam em conflito com a ideia de violação do direito subjetivo, principalmente com relação aos chamados delitos contra a religião, o Estado e a comunidade, eis que, com a introdução do conceito de violação ao bem jurídico como fundamento do crime, poder-se-ia reconhecer que interesses comunitários ou religiosos teriam sido contemplados como espécies de bens jurídicos, reconhecendo que, enquanto se ganhava em clareza quanto à incriminação das respectivas condutas, perdia-se sua vinculação com os pressupostos de legitimidade, presentes na estrutura de Feuerbach<sup>175</sup>.

Birnbaum afirmava que estava na essência do poder do Estado garantir, por igual, o desfrute de certos bens a todos os homens que nele vivem, bens esses dados aos homens por sua natureza ou como resultado de seu desenvolvimento social. Classifica, então, os delitos

<sup>171</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 51-52, e CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Constituição e crime*, p. 46-47.

<sup>172</sup> LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. *Revista CEJ*. n. 4, abril-98, p. 104.

<sup>173</sup> *Constituição e crime*, p. 47.

<sup>174</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 53.

<sup>175</sup> *Bien jurídico y función en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 20.

em naturais ou sociais, os primeiros consistentes nas condutas que lesionam determinadas pessoas em algum dos bens que o poder público deve garantir a cada uma delas, e os últimos relacionados com as condutas que privam, diminuem ou põem em perigo a coletividade, levando em conta algum desses bens. A partir dessa distinção, segundo os diversos alcances da lesão ou do perigo ao sujeito e conforme o bem que a conduta diminui ou põe em risco, diferencia os delitos contra o bem-estar comum e contra os indivíduos<sup>176</sup>.

Essa distinção foi “uma verdadeira catapulta para o aprimoramento e esclarecimento das questões dogmáticas referentes aos crimes de lesão e de perigo; à consumação e à tentativa, assim como à diferenciação entre bens individuais e supraindividuais”, os quais recebem de Birnbaum a denominação de “bens comuns”, dentre os quais se destacam valores religiosos e morais, elevados à categoria de bens jurídicos, cujos titulares são a sociedade e o Estado<sup>177</sup>.

Cabe destacar o pensamento de Knut Amelung, para quem, com sua doutrina do bem jurídico, Birnbaum antecipa e consoma a ruptura com as representações jusracionalistas e iluministas, e, sobretudo, com as concepções filosóficas e sociológicas relacionadas à polaridade entre o indivíduo e o sistema social, assumindo um novo paradigma caracterizado pelo positivismo e pela prevalência da referência sistêmico-social, a qual, com Binding, receberia sua mais acabada expressão<sup>178</sup>. Contudo, Manuel da Costa Andrade assinala que os aspectos mais salientes do pensamento de Birnbaum, que anteciparam outras vertentes do novo paradigma de compreensão do crime, referem-se a um novo conceito de objeto e, portanto, a um novo conceito de lesão<sup>179</sup>.

De toda sorte, o conceito de Birnbaum acentuou-se na valoração de bens da coletividade e encontrou respaldo na teoria dos interesses formulada por Rudolph von Ihering<sup>180</sup>. No entender de Ihering, a finalidade do direito é a proteção de interesses, “procurando conciliar os individuais com os coletivos”<sup>181</sup>, tendo para si que “o fim das leis penais não era outro do que o descrito pelas leis, isto é, proteção da seguridade de vida da

<sup>176</sup> *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, p. 58-59.

<sup>177</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, p. 51, nota 17. Confira-se ainda: COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 53.

<sup>178</sup> *Rechtsgütershulz*, p. 1 e segs. e 43 e segs, *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 54.

<sup>179</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 55.

<sup>180</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, p. 41.

<sup>181</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18ª ed. 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.

sociedade”<sup>182</sup>. Ao considerar que os sujeitos são, ao mesmo tempo, jurídicos e, sob certo aspecto, titulares de direitos subjetivos, Ihering formulou sua teoria dos bens jurídicos, permitindo futuramente a classificação, pela ciência penal, não somente de delitos individuais, mas também de maiorias indeterminadas<sup>183</sup>.

### 3.1.2 Franz von Liszt e Karl Binding: a visão positivista

O triunfo do positivismo, coincidente com uma compreensão puramente formal da concepção de Estado de Direito, acarreta o início de uma leitura do Direito Penal que denega ao Estado qualquer legitimação material ou qualquer limitação para a intervenção criminalizadora<sup>184</sup>. Sob a pena de Karl Binding, o conceito de Birnbaum, que recebeu maior delimitação e precisão, foi levada ao extremo. Binding, adepto do mais estrito positivismo, confere à lei, com exclusividade, a competência para criar e definir o bem jurídico, além de identificar as formas de agressão que reclamam a intervenção punitiva estatal<sup>185</sup>.

O bem jurídico é definido por Binding como tudo que não constituiria, em si, um direito, mas que teria, aos olhos do legislador, valor como condição para a vida sã da comunidade jurídica<sup>186</sup>. Assim, o próprio legislador cria e define os bens jurídicos, que não possuem existência pré-jurídica. O delito consiste na lesão de um direito subjetivo do Estado, e a norma é a única fonte de revelação do bem jurídico, cujo conceito “abandona qualquer pretensão de legitimação material, de limite à liberdade criminalizadora/descriminalizadora do legislador, qualquer função orientadora e crítica”<sup>187</sup>. Há, portanto, total congruência entre norma e bem jurídico, que são inseparáveis. As normas são deduzidas da lei penal e contêm a proibição de determinada conduta. O agente realiza o que está descrito na lei penal, não a viola; estiola a norma, o mandamento subjacente, e, dessa forma, atenta contra o bem jurídico.

Para Karl Binding não faz sentido a diferenciação entre bens individuais e coletivos ou supraindividuais (da sociedade ou do Estado), pois todos eles são,

<sup>182</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, p. 42.

<sup>183</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>184</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 62.

<sup>185</sup> Idem, p. 65.

<sup>186</sup> *Die normen und ihre Übertretungen*, p. 53-54, *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 65.

<sup>187</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 51.

obrigatoriamente, bens da comunidade, recebendo tratamento homogeneizado<sup>188</sup>, eis que, no seu dizer:

“Nada, pois, mais errado do que introduzir aqui uma perspectiva individualista e pretender traçar uma linha divisória rígida entre os bens do indivíduo, por um lado, e os da sociedade e do Estado, por outro. A eficácia corrosiva da lesão do bem vai muito além da esfera jurídica do indivíduo”<sup>189</sup>.

Embora também expoente do positivismo, porém de cariz naturalístico-sociológico, Franz von Liszt divergia da concepção de Binding, ao defender a ideia de um bem jurídico encontrado na própria vida, definindo-o como interesse juridicamente protegido e estabelecendo que todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade<sup>190</sup>. Destarte, o Direito não cria o interesse, mas a própria vida, e esta é que lhe fornece os critérios, os limites e a legitimidade para a intervenção penal. Assim, o Direito deve adaptar-se tendo em vista a heterogeneidade de bens e interesses<sup>191</sup>.

A compreensão do interesse jurídico protegido como conjunto de interesses vitais do indivíduo e da sociedade evidencia a influência de Ihering na construção doutrinária de Franz von Liszt, o qual distinguia a ciência normativa, o Direito Penal, de método lógico-dedutivo, das demais ciências que se ocupam do delito, de método experimental (Criminologia, Penologia), com claro destaque para a Política Criminal<sup>192</sup>.

Embora reconhecendo a autonomia entre o Direito Penal e a Política Criminal, Franz von Liszt procurou uma unidade superior que mantivesse ligadas todas as ciências penais<sup>193</sup>. Ao apresentar seu “*Programa de Marburgo – A Ideia do Fim no Direito Penal*”, em 1882, além de tornar patente a influência de Ihering quanto à ideia do fim do Direito, ofereceu ao Direito Penal um forte conteúdo político-dogmático<sup>194</sup>. O bem jurídico situa-se, assim, no limite entre o Direito Penal e a Política Criminal e consiste em uma criação da

<sup>188</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 67, e CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Constituição e crime*, p. 57.

<sup>189</sup> *Die normen und ihre Übertretungen*, p. 340-341, apud COSTA ANDRADE, Manuel da, *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 67-68.

<sup>190</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Tomo I. Trad.: José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, p. 139.

<sup>191</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 54.

<sup>192</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 36, e JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*. Tomo II. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 90.

<sup>193</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Tomo II. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 90.

<sup>194</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.



experiência e em um interesse vital do indivíduo ou da comunidade, firmando um conceito que precede o direito positivo e dele independe<sup>195</sup>. Conforme assevera Paulo Vinicius Sporleder de Souza, Franz von Liszt “é o primeiro autor a construir um sistema político-criminal legislativo dogmático crítico em torno da noção de bem jurídico”, que se traduz como conceito limite da abstrata lógica jurídica<sup>196</sup>.

Ao conceber que o fim de todo o Direito Penal seria a proteção de interesses humanos vitais, existindo em função do homem, o pensamento de Franz von Liszt permite inferir que os bens jurídicos deveriam dividir-se em bens individuais, que protegem interesses pessoais, e bens supraindividuais, que correspondem aos portadores individuais e supraindividuais, dentre os quais se sobressai o Estado como principal portador dos interesses coletivos<sup>197</sup>. Ao afirmar que a norma jurídica não cria o bem jurídico, mas o encontra na vida, isto é, na realidade social, o autor do Programa de Marburgo o elevou a um fundamental critério legitimador do poder punitivo estatal.

No dizer de Paulo Vinicius Sporleder de Souza:

“Assim, depois da ruptura ocorrida com Birnbaum, mais precisamente quanto ao conteúdo terminológico, assiste-se a mais uma nova ruptura quanto à função do bem jurídico-penal. Enquanto a virada de Birnbaum pode ser qualificada como uma ‘revolução cega’, por ter sido operada em nível predominantemente político-criminal dogmático, a teoria de Liszt, ao ter-lhe ‘dado olhos’, eleva agora aquela categoria também a um patamar superior - extra-sistemático -, transformando o bem jurídico-penal em verdadeiro conteúdo da política criminal legislativo-dogmática, significando um fundamental critério legitimante da atividade legislativa do poder de punir”<sup>198</sup>.

<sup>195</sup> Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*, p. 36.

<sup>196</sup> *Bem jurídico-penal e engenharia-genética humana*, p 60-61. O autor sustenta que a política criminal divide-se em política criminal extrassistemática, ligada ao âmbito legislativo, e intrassistemática, a qual é inerente ao direito penal propriamente dito. A política extrassistemática, por sua vez, subdivide-se em política criminal legislativo-dogmática, a qual visa a aprimorar a parte geral dos Códigos Penais e construir, suprimir, substituir ou reformar os tipos penais; a política criminal penológica, relativa à teoria da sanção criminal; a política criminal processual, destinada ao aperfeiçoamento do sistema processual penal. Por sua vez, a política intrassistemática subdivide-se em política criminal processual, relacionada ao processo penal; executória, referente à execução penal; e dogmática, por ela entendendo-se a dogmática jurídico-penal. O autor adverte que toda a política criminal intrassistemática pode refletir em uma política criminal extrassistemática e vice-versa, ideal que se busca, pois somente assim a ciência criminal pode progredir como um todo (idem, p. 31-33). O pensamento encontra-se em sintonia com a “ciência conjunta do direito penal” propugnada por Jorge de Figueiredo Dias, na qual a política criminal é intrassistemática no que diz respeito à concepção de Estado e imanente ao sistema jurídico-constitucional (*Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 43). Necessário lembrar que Liszt concebia um sistema que hoje denominamos fechado, ao asseverar que o direito penal é a barreira intransponível da política criminal.

<sup>197</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 57.

<sup>198</sup> *Bem jurídico-penal e engenharia-genética humana*, p. 64-65.

### 3.1.3 Neokantismo e Finalismo

O advento do neokantismo, relacionado à denominada filosofia dos valores, visando a superar, sem êxito, o positivismo, distinguiu as ciências da natureza e as ciências do espírito, cada qual com objeto determinado e método próprio<sup>199</sup> havendo nítida separação entre a ontologia e a axiologia, com clara supremacia desta, o que acarretou uma nova concepção de bem jurídico. Cada uma das categorias do delito era referida a valores específicos decorrentes dos fins do Direito Penal.

A partir do início do século XX, retomando-se o relativismo do pensamento de Immanuel Kant e sob o influxo de orientações espiritualistas, surge a concepção metodológica ou teológica-metodológica de bem jurídico<sup>200</sup>. Richard Honig, em 1919, identifica o bem jurídico com a *ratio* da norma, considerando que seu conceito não possui existência prévia às próprias prescrições penais e, portanto, não se confunde com os substratos da realidade nos quais os valores poderão assentar, o que significa dizer que os objetos da tutela penal somente ganham vida quando considerados valores da comunidade, em uma visão metodológica do bem jurídico como instrumento de interpretação de normas penais<sup>201</sup>.

Com efeito, dada sua espiritualização e normatização conceitual levada a efeito pelos neokantistas, o bem jurídico passa a ser entendido como um valor cultural, procurando-se “vinculá-lo à *ratio legis* da norma jurídica – no sentido teleológico de cada tipo penal – o que acaba por convertê-lo em mero método interpretativo”<sup>202</sup>. Alerta Jorge de Figueiredo Dias que essa concepção fez dos bens jurídicos apenas “meras fórmulas interpretativas dos tipos legais dos crimes” e tal compreensão deve ser hoje absolutamente rejeitada, eis que, com ela, o conceito perde totalmente “a ligação a qualquer teologia político-criminal e deixa de poder

---

<sup>199</sup> MUNÕZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*, p. 3.

<sup>200</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*, p. 47, e PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 36-37. Conforme Jorge de Figueiredo Dias, “uma mudança decidida na compreensão do conceito teve lugar a partir da segunda década do nosso século, com o chamado conceito metodológico do bem jurídico de raiz exasperadamente normativista, ligada aos pressupostos neokantianos próprios da chamada Escola jurídica sul ocidental alemã ou Escola de Baden (de Wildelband, de Rickert, de Lask)” (*Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 63-64).

<sup>201</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 64-66.

<sup>202</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 37-38.

ser visto como padrão crítico de aferição da legitimidade da criminalização”<sup>203</sup>. Em suma, alija-se o bem jurídico de importância para a determinação do conteúdo material do delito.

O neokantismo preponderou no pensamento jurídico-penal até a ascensão do nacional-socialismo ao poder. O dogma do bem jurídico foi refutado pela dominada Escola de Kiel, representada por seus expoentes Friedrich Schaffstein e George Dahm, que forneceu sustentáculo teórico ao regime nazista. O espírito do povo, interpretado pelo Estado, passou, então, a ser fonte do direito. O indivíduo devia fidelidade ao povo, daí qualificar-se de inútil o conceito de bem jurídico<sup>204</sup>. Propugnou-se a adoção do denominado “Direito Penal da vontade” ou “Direito Penal do autor”, bem como a substituição do conceito de bem jurídico pela quebra de um dever e do Direito Penal de resultado por um Direito Penal de perigo<sup>205</sup>.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, nas décadas de 50 e 60, e ainda nos anos 70, houve intensa polêmica entre os causalistas e finalistas, sintoma do domínio de uma dogmática jurídico-penal abstrata, ascética e puramente sistemática, preconizando-se sua desvinculação da política criminal<sup>206</sup>. Nesse quadro, o finalismo de Hans Welzel, cuja elaboração já se iniciara nos anos 30 do século XX, acarretou uma visão ontológica de bem jurídico, considerado como um “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”, compreendido como toda a situação desejável que o Direito quer resguardar contra lesões<sup>207</sup>.

Para Hans Welzel, a missão do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, mas sim dos valores elementares da consciência, de caráter ético-social, e somente por inclusão a proteção de bens jurídicos particulares<sup>208</sup>. Segundo essa concepção, “a ameaça penal deve contribuir para asseguramento dos interesses individuais e coletivos fundamentais,

---

<sup>203</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 64.

<sup>204</sup> BUSATO, Paulo César, HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 46.

<sup>205</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 39, e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Trad. Paulo César Busato da 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 45.

<sup>206</sup> Sobre a relação entre dogmática jurídico-penal e a política criminal no contexto político alemão após a Segunda Guerra: MUNÔZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*, p. 48-71.

<sup>207</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte General*. 11ª ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 15.

<sup>208</sup> Idem, *ibidem*.

através do valor-ação”, razão pela qual o delito é formado pelo desvalor da ação e o desvalor do resultado<sup>209</sup>.

Adverte-se, contudo, que, sendo imanente na consciência de cada pessoa a obediência a um dever geral de respeito a valores ético-sociais, a proteção jurídica se confunde com proteção moral e a noção de bem jurídico perde substância, pois a proteção desses valores consiste na incriminação da antissociabilidade, o que leva sua conceituação como uma situação social desejada, isto é, como determinada ordem que se impõe como um bem vital do indivíduo e da comunidade<sup>210</sup>.

Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde obtemperam que Welzel colocava a proteção de bens jurídicos em um plano mais amplo, social, e não como missão única do Direito Penal, pois temia uma sobrevalorização do resultado na determinação do justo e do injusto penal, segundo o grau de danosidade ou de utilidade social, o que acarretaria uma funcionalização dos valores fundamentais de um ponto de vista puramente quantitativo. Assim, por exemplo, o respeito à dignidade humana ou à vida são valores jurídicos relevantes que não admitem uma quantificação “econômica” e muito menos um intercâmbio com outros valores. A proteção dos valores ético-sociais de atitude interna não exclui a dos bens jurídicos, ambos situando-se em diferentes níveis, os primeiros como condição de possibilidade dos últimos. O Direito Penal estabiliza os valores ético-sociais de atitude interna de forma característica e tendo em conta determinados limites que são precisamente os princípios da legalidade e de proteção de bens jurídicos<sup>211</sup>.

### 3.2 Teorias contemporâneas

O pós-Segunda Guerra Mundial assistiu a uma revalorização do conceito de bem jurídico visando a determinar os limites do *ius puniendi* estatal<sup>212</sup>, havendo grande número de contribuições até o aparecimento de modernas concepções, com destaque para as teorias sociológicas e constitucionais<sup>213</sup>. Relacionam-se, dentre as primeiras, as teorias da lavra de Knut Amelung, Günther Jakobs, Jürgen Habermas e Winfried Hassemer. Não se pode

<sup>209</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 45.

<sup>210</sup> TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en derecho penal*, p. 32.

<sup>211</sup> *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 101-102.

<sup>212</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, p. 48.

<sup>213</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 39.

olvidar que as teorias sociológicas de matiz funcionalista-sistêmico levam em mira superar o dogma do bem jurídico-penal pela via da danosidade social. Por seu turno, as teorias constitucionais subdividem-se em constitucionais de caráter geral, ostentando como expoentes Claus Roxin e Hans-Joachim Von Rodolphi; estritas, na esteira do pensamento de Franco Bricola, Giovanni Fiandaca, Francesco Angioni, Enzo Musco e Francesco C. Palazzo; e a teoria eclética ou mista, representada por Jorge de Figueiredo Dias.

### 3.2.1 Teorias sociológicas

Tendo por norte as teorias sistêmicas de Talcott Parsons e de Niklas Luhman<sup>214</sup>, Knut Amelung considera que o bem jurídico é uma disfunção sistêmica e o Direito Penal deve ser fundado com vistas a um conceito de danosidade social<sup>216</sup>, o qual, juntamente aos conceitos de disfuncionalidade do sistema social e de sua estrutura, deve envolver o critério do legislador para decidir quais comportamentos merecem ser penalmente sancionados<sup>217</sup>. Knut Amelung acaba, então, por definir danosidade social:

“Socialmente danoso é, neste sentido, uma manifestação de disfuncionalidade; um fenómeno social que impede ou dificulta a superação pelo sistema social dos problemas de sua sobrevivência e manutenção. Tais fenómenos sociais podem revestir das formas mais diversificadas (...). O crime é apenas uma forma especial dos fenómenos disfuncionais e, em geral, raramente, o mais perigoso. O crime é disfuncional enquanto violação de uma norma institucionalizada (*deviance*), indispensável para a solução dos problemas da sociedade (...). O seu perigo reside fundamentadamente no fato de impedir a solução dos problemas do sistema, já que põe em questão a vigência das normas que podem contribuir de alguma forma para esta tarefa. A função do direito penal, como mecanismo de controle social é, assim, a de contrariar o crime”<sup>218</sup>.

<sup>214</sup> Nesse sentido: COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 97, e SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana*, p. 103.

<sup>215</sup> Conforme Juarez Tavares, a teoria estrutural-funcional de Parsons é fundamentadamente uma teoria estruturalista, assim chamada “porque seu ponto de partida é compreender o sistema social como submetido a certa estrutura, a qual se devem adaptar regras ou os instrumentos funcionais. Para tanto, propõe-se fixar, ao modo neokantista, um sistema prévio de categorias ou enunciados, inter-relacionados através de hipóteses constituídas de categoriais ou enunciados básicos, que visam a proporcionar à teoria correção lógica, ausência de contradição e validade universal. As categorias básicas se referem ao autor, à finalidade, à situação e à orientação”. Os sistemas constituem, assim, orientações de ações correspondentes a três modalidades: sistema pessoal, sistema social e sistema cultural, e qualquer um deles precisa manter-se em equilíbrio (*Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 66-68). Márcia Dometila Lima de Carvalho, com amparo no posicionamento de Muñoz Conde, reputa que a teoria sistêmica de Parsons é inaceitável no Direito Penal, pois retira o centro de gravidade da norma jurídico-penal da subjetividade do indivíduo para a subjetividade do sistema (*Fundamentação constitucional do direito penal*, p. 39, nota 14).

<sup>216</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, p. 48.

<sup>217</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, p. 105.

<sup>218</sup> AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz*, p. 361, *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 97.

Portanto, Amelung busca construir uma doutrina própria de legitimação do *ius puniendi*. Porém, não procura substituir o dogma do bem jurídico pelo conceito de danosidade social<sup>219</sup>, mas sim encontrar um conceito de danosidade social pré-jurídico que servisse de orientação ao legislador penal, em oposição a uma visão positivista decorrente da teoria do bem jurídico, retomando o conceito material de crime do Iluminismo<sup>220</sup>. Portanto, o Direito Penal somente pode criminalizar condutas socialmente danosas, recebendo essa qualificação o fato que impede ou dificulte o sistema social a solucionar os problemas de sua sobrevivência e manutenção<sup>221</sup>. Considera-se danoso o fato disfuncional, havendo nítida preocupação da teoria com a sobrevivência do sistema social.

Observa, contudo, Manuel da Costa Andrade que, para Amelung, o bem jurídico representa “um entreposto necessário à operatividade da danosidade social e, simultaneamente, a instância de intervenção do legislador, conformadora do sentido definitivo da tutela a prosseguir com a norma penal”, com evidente primazia, o que o leva a afirmar que ao atual princípio político-criminal da danosidade social “fica apenas reservada a função de um distante pano de fundo sobre o que se vão sobrepondo e estratificando as grelhas normativas (*maxime*, a ordem jurídico-constitucional) e dogmáticas (bem jurídico)”<sup>222</sup>. Demais disso, cai aqui bem a lança a crítica de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, no sentido de a concepção funcionalista da danosidade social ser incapaz de proteger a pessoa humana contra sua instrumentalização<sup>223</sup>.

Igualmente com cariz funcionalista e influenciado notadamente pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, Günther Jakobs constrói uma concepção do Direito Penal cuja legitimidade material reside no fato de as leis penais serem necessárias à configuração da sociedade e do Estado<sup>224</sup>, para que se possa garantir a vigência das expectativas normativas das quais depende a própria identidade dessa sociedade<sup>225</sup>. Para Jakobs, o Direito Penal é um

<sup>219</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, p. 107.

<sup>220</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 91.

<sup>221</sup> *Idem*, p. 92.

<sup>222</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 101 e 104.

<sup>223</sup> *Constituição e crime*, p. 93.

<sup>224</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad.: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 61.

<sup>225</sup> Nesse sentido: PEÑAREDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Trad.: André Luís Calegari e Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 1.

sistema do qual se espera “a estabilização social, a orientação social da acção e a institucionalização das expectativas, pela via da restauração da *confiança* na vigência das normas”<sup>226</sup>. A garantia das normas é a contribuição que o Direito Penal presta à configuração da sociedade e do Estado<sup>227</sup>.

O crime consiste em uma disfuncionalidade do sistema, violação da expectativa de um comportamento correto, o que abala a confiança na norma, cuja vigência e validade devem, então, ser restabelecidas por meio da aplicação da pena. O bem jurídico-penal a ser protegido é “a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção – solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática”<sup>228</sup>.

Para Jakobs, vida, saúde e propriedade são efetivamente bens, uma vez que valorados positivamente, podendo, em sua maior parte, ser afetados por eventos naturais ou por processos intermediados por seres humanos. Assinala que o Direito Penal não tem a função de garantir-lhes a estabilidade em todo e qualquer caso, mas somente nas situações de determinadas agressões, pois entender de modo contrário representaria passar pelo mesmo crivo da “perturbação em razão da lesão de um bem” tanto as forças da natureza quanto o comportamento não evitável de seres humanos imputáveis<sup>229</sup>. Exemplifica que não é a causação de uma morte que configura lesão de um bem jurídico-penal, “mas a desobediência normativa contida no homicídio evitável”, concluindo que somente essa visão eleva o bem jurídico-penal ao plano da interação social que se realiza com o Direito Penal: a significação do comportamento delitivo como negação do significado das normas e da adesão ao significado normativo por meio da reação punitiva<sup>230</sup>.

Destarte, Jakobs identifica os bens jurídicos com a validade fática das normas<sup>231</sup>, assegurada pelo Direito Penal. A infração penal não é a lesão ao bem jurídico-penal, mas a negação da fidelidade ao direito, cuja resposta, a pena, é um exercício de confiança na norma, do reconhecimento de sua vigência, realizando a prevenção geral positiva.

<sup>226</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 114.

<sup>227</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*, p. 61.

<sup>228</sup> Idem, p. 61-62.

<sup>229</sup> Ibidem, p. 62-63.

<sup>230</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>231</sup> TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en derecho penal*, p. 36. No dizer de Günther Jakobs: “O bem jurídico-penal é a vinculoriedade prática da norma” (*Tratado de direito penal*, p. 64).

O que se propõe, assim, é a substituição do dogma do bem jurídico-penal pela danosidade social como fundamento para a punibilidade. Manuel da Costa Andrade obtempera, contudo, que, na construção teórica de Jakobs, a danosidade social refere-se apenas à sua intencionalidade última, sem qualquer relevância dogmática autônoma, e que são as normas que aparecem em primeiro plano, consideradas somente em sua vigência e validade, abstraindo-se seu conteúdo<sup>232</sup>. Alerta o autor para a consequência de um funcionalismo-sistêmico radical tal como sustentado: a erosão do conteúdo e alcance liberal do conceito e da função do bem jurídico<sup>233</sup>, a par da dessubjetivação que a referida doutrina encerra, eis que a pessoa humana passa a ser encarada como centro de adscrição da responsabilidade penal, “privada de sua densidade - e resistência - da sua dignidade e reduzida à abstração de um subsistema físico-psíquico”, figurando como portadora da resposta simbólica do sistema, e, às suas custas, a validade das normas é reafirmada<sup>234</sup>.

Dentre as teorias sociológicas, merece destaque a teoria do consenso de Jürgen Habermas. Questionando a possibilidade de se encontrar uma “identidade racional” nas atuais sociedades complexas, diversificadas e plurais, responde Habermas que se deve buscar a identidade por meio de um processo de comunicação, fundado na argumentação racional, elaborando-se estruturas valorativas e normativas próprias<sup>235 236</sup>.

A criminalização somente seria legítima quando baseada em um “racional consenso intersubjectivo ou, se não tendo havido tal consenso, tivesse hipótese de o suscitar”. Para Habermas, o consenso racional reside no critério de “verdade”, indicando quais são os interesses gerais, ou suscetíveis de generalização, e os particulares. Ressalta-se a importância de estarem criadas as condições necessárias para que se chegasse a esse consenso, por meio da argumentação, sem ser emotiva ou guiada por motivações particulares, mas sim pela busca da verdade<sup>237</sup>. O consenso social, assim, passa a ser o critério para legitimar e delimitar o

---

<sup>232</sup> *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 114.

<sup>233</sup> *Idem*, p. 127.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>235</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Pressupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en derecho penal*, p. 470, *apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 98.

<sup>236</sup> No pensamento de Habermas, a sociedade somente pode subsistir se os agentes particulares coordenarem o seu agir, o que exige acordo, comunicação. É necessário desenvolver uma teoria que permita reconciliar consigo mesma a “modernidade decomposta”, encontrando formas de “convivência em que autonomia e a dependência entrem realmente em uma relação satisfatória” (*Teoria do agir comunicativo*, *apud* STÖRIG, Hans Joachim. *História geral da filosofia*. Vários tradutores. Petrópolis-RJ, Vozes, 2008, p. 549).

<sup>237</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 99.



âmbito de criminalização de determinadas condutas, tentando-se alcançar um conceito material de crime.

Adverte Maria da Conceição Ferreira da Cunha que defender a teoria do consenso ou a onipotência do legislador para definir o crime conduziria a resultado idêntico, pois, além de todas as deficiências do sistema de representatividade, a decisão legislativa não exprime, no mais das vezes, um consenso “profundo e alargado, mas a ‘opinião’ de uma maioria”<sup>238</sup>.

Para Winfried Hamssemer, as teorias sociológicas são classificadas conforme cumpram uma função crítica, que transcende o sistema, situando a noção de bem jurídico além do Direito Penal; ou uma função sistemática, reduzindo-se a uma criação do legislador e, portanto, imanente ao sistema<sup>239</sup>. Põe em relevo uma metodologia que diferencia os dois sistemas conceituais para o bem jurídico, guiando-se o sistema crítico pelas perguntas legislativas acerca da legitimação punitiva de certas condutas e a forma de proteção do bem jurídico-penal, enquanto o sistema imanente encontra-se relacionado à ordem sistemática e à interpretação de tipos penais<sup>240</sup>.

No que se refere ao primeiro, Hassemer considera que a adoção do método sistemático-crítico da concepção de bem jurídico é insuficiente para a limitação e instrução do legislador, havendo a necessidade de referentes da realidade para complementá-lo<sup>241</sup>. Sustenta o autor que a mensagem central das teorias do bem jurídico sempre foi fornecer um parâmetro crítico e negativo da lei, e essa negatividade constitui-se em uma condição para sua apreciação crítica<sup>242</sup>. O legislador somente teria permissão para estabelecer penas para os comportamentos que ameacem um bem jurídico, excluindo-se do catálogo de crimes condutas que unicamente invistam contra concepções morais ou valores socialmente compartilhados. Para tanto, pondera o autor, a ideia de bem jurídico “deveria ser definida com a maior precisão possível, a fim de que seu emprego realmente sirva para isolar condutas”<sup>243</sup>.

Com fundamento na teoria do *labeling approach*, Hassemer assente com os teóricos do interacionismo simbólico na tese de que a criminalidade “não é um fenômeno pré-

<sup>238</sup> Idem, p. 103-104, nota 288.

<sup>239</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 41.

<sup>240</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, p. 75.

<sup>241</sup> Idem, p. 76.

<sup>242</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito penal simbólico e tutela de bens jurídicos*. Trad. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Org. e Rev. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 223.

<sup>243</sup> Idem, *ibidem*.

determinado e objetivamente apreensível, e sim o resultado de interações, nas quais o legislador participa produtivamente, e cujo traço principal é um processo de rotulação e estigmatização simbólicos da pessoa afetada”<sup>244</sup>.

Suas críticas são também endereçadas ao denominado Direito Penal moderno, no qual a proteção de bens jurídicos torna-se de critério negativo em critério positivo de autêntica criminalização<sup>245</sup>.

Acerca das causas da estigmatização e criminalização, Paulo Vinicius Sporleder de Souza frisa o entendimento de Hassemer de que elas dependem da avaliação que a sociedade concede aos bens afetados por determinada conduta, a qual depende da apreciação da frequência das condutas perigosas, da intensidade da necessidade que se tem dos bens, e o do grau de ameaça para estes, critérios que não são objetivos, pois sua realidade é o reflexo da consciência cultural da sociedade em uma dada época, expressa por um “acordo social normativo”, necessário para a racional proteção de bens jurídicos. Conclui que o expoente da Escola de Frankfurt, “além de procurar densificar o conteúdo do bem jurídico”, eleva e vincula o objeto da tutela penal ao *status* de categoria material de uma política criminal legislativo-dogmática, visando a limitar o *ius puniendi*, a par de estabelecer critérios racionais de seleção e legitimação de bens jurídicos a serem penalmente protegidos<sup>246</sup>.

Portanto, no pensamento de Hassemer, o que importa é a valoração subjetiva do bem e da conduta lesiva, formulando uma teoria realista do bem jurídico com fundamento em uma política criminal racional<sup>247</sup>. Demais disso, imprescindível a confirmação de uma danosidade social para legitimar a intervenção punitiva estatal<sup>248</sup>, pois para Hassemer certos comportamentos de determinada sociedade são intoleráveis, e por tal razão devem merecer repressão penal, que está vincada pelas valorações que a sociedade faz dos objetos lesados ou postos em perigo por esses comportamentos<sup>249</sup>.

---

<sup>244</sup> HASSEMER, Winfried. Direito penal simbólico e tutela de bens jurídicos, p. 211.

<sup>245</sup> HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, fev.-mar. 2003, p.148.

<sup>246</sup> *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, p. 76-77.

<sup>247</sup> Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 40.

<sup>248</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, p. 49.

<sup>249</sup> LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização, p. 104.

### 3.2.2 Teorias constitucionais

A Carta Política encerra um quadro de valores primordiais da sociedade que não podem ser olvidados pelo legislador infraconstitucional. Nas últimas décadas, assistiu-se a um processo de constitucionalização do bem jurídico-penal, uma vez que já se encontram na Lei Maior as valorações criadoras dos bem jurídicos, cabendo ao penalista orientar-se em razão da relevância social desses, tê-los obrigatoriamente presentes e a eles se limitando, na formação de tipos penais<sup>250</sup>.

Efetivamente, constata-se que somente a Constituição espelha as opções valorativas mais essenciais e consensuais na sociedade democrática, impondo vínculos na escolha dos bens jurídicos a serem penalmente protegidos, assegurando critérios de legitimação positiva e negativa ao legislador penal, e estabelecendo ainda bases seguras à política criminal<sup>251</sup>. O conceito material de bem jurídico deve, pois, ser inferido na Constituição, residindo “na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário”<sup>252</sup>.

Enquanto na Alemanha houve grande aceitação das teorias sociológicas, as teorias constitucionais do bem jurídico foram notoriamente acolhidas na Itália e acabaram por encontrar eco na doutrina alemã no início dos anos setenta, apresentando-se com diferentes nuances em duas correntes: teorias constitucionais de caráter geral e teorias constitucionais estritas, que divergem no tocante à maneira de vinculação do Direito Penal às normas constitucionais<sup>253</sup>. Acrescente-se ainda uma terceira corrente, originária da doutrina portuguesa: a teoria constitucional eclética ou mista do bem jurídico-penal.

---

<sup>250</sup> LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização, p. 103.

<sup>251</sup> Confira-se a respeito: SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, p. 80-81.

<sup>252</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 90. Conforme destaca Giovanni Fiandaca, a partir dos anos setenta, a problemática acerca do bem jurídico ressurgiu com referência à Constituição, visando à reforma da legislação penal (O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloisa Estellita Salomão. *Revista dos Tribunais*, vol. 776, jun. 2000, p. 410).

<sup>253</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 62-63.

### 3.2.2.1 Teorias constitucionais de caráter geral

As teorias constitucionais de caráter geral referem-se à Constituição de modo amplo, estabelecendo relação entre a concepção de Estado estabelecida na Lei Maior, os princípios fundamentais de Direito Penal, os fins da pena e o bem jurídico-penal, com destaque para o pensamento de Hans-Joachim von Rudolphi e Claus Roxin.

Com efeito, na doutrina tedesca emergiram, no final dos anos sessenta e início dos anos setenta, posições doutrinárias que procuraram construir um conceito material de bem jurídico-penal com fundamento em critérios capazes de vincular as escolhas do legislador ordinário<sup>254</sup>.

Para Rudolphi, o legislador penal encontra-se vinculado à escolha de valores, dentro de uma concepção de Estado de Direito que não se limita à observância do princípio da separação de poderes e do princípio da legalidade, mas que também visa a atingir a justiça material, baseando-se na defesa da liberdade pessoal e na moderação do exercício do poder, o que implica uma legitimação do Direito Penal para intervir somente na proteção das condições de vida de uma comunidade e não na tutela de princípios morais, cuja violação não traz consequências sociais<sup>255</sup>. O Direito Penal somente deve assegurar as condições necessárias para uma convivência pacífica, e os valores fundamentais deverão ter referência constitucional, fornecendo o conteúdo de bens jurídicos, que são prévios ao ordenamento penal e cuja proteção vincula obrigatoriamente o legislador<sup>256</sup>. A determinação dos bens jurídicos é levada a efeito recorrendo a

“uma cuidadosa análise da comunidade organizada politicamente, da forma como ela se tem desenvolvido no quadro da nossa Constituição, assim como a um exame profundo daquelas condições e funções em que a nossa vida social se fundamenta no seio da Constituição e que é necessário proteger de danos e perturbações”<sup>257</sup>.

Assim, Rudolphi reputa que os objetos penalmente tuteláveis não serão deduzidos de uma definição de bem jurídico, mas sim da análise dos pressupostos essenciais da concreta comunidade no quadro da Lei Maior. Ao mesmo tempo, o autor apresenta uma visão funcional dos bens jurídicos, ao vislumbrar que as condições de vida em comum

<sup>254</sup> FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloisa Estellita Salomão. *Revista dos Tribunais*, vol. 776, jun. 2000, p. 412.

<sup>255</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 146.

<sup>256</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 64.

<sup>257</sup> RUDOLPHI, Hans-Joachim von. *Die verschiedenen aspekte des rechtsgutbegriff*, p. 162, *apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 146.

desenvolvem-se e modificam-se conforme as exigências de convivência humana, definindo-os, então, como “unidades funcionais com valor para a vida em comum orientada constitucionalmente e, portanto, também para a posição e a liberdade dos cidadãos individualmente considerados”. Procura compatibilizar as exigências pessoais e sociais, na medida em que a proteção das condições da vida em comunidade é revertida em prol do desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da sua liberdade, a qual será, dentro de um Estado de Direito, a origem e o limite para a definição daquelas condições<sup>258</sup>.

Nesse passo, coincidente é a posição de Jorge de Figueiredo Dias, ao asseverar que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, considerados “como interesses socialmente relevantes, cuja defesa é condição indispensável do livre desenvolvimento da personalidade do homem”<sup>259</sup>.

Ao distinguir claramente a moral social e os bens jurídico-penais e excluir a proteção penal a princípios morais cuja violação não acarrete consequências sociais, o entendimento de Rudolphi permite concluir que se a referida violação provocar danos sociais, a criminalização é legítima.

Observa Maria da Conceição Ferreira da Cunha que essa legitimidade adviria da própria necessidade de se preservarem as condições da vida de uma dada comunidade, admitindo ser pensável um choque da liberdade individual com as condições sociais, por meio de um comportamento moralmente reprovável que provoca efeitos sociais nefastos, o que deve ser avaliado no quadro dos valores constitucionais nos quais se desenvolve uma concreta comunidade<sup>260</sup>. Assim, primeiramente seriam considerados os valores comunitários essenciais e ulteriormente as consequências da conduta, ponderando-se todos os interesses presentes, sendo que sempre deverá haver uma ofensa a um bem jurídico, fundamentado em princípios constitucionais, através da conduta imoral<sup>261</sup>.

No famoso ensaio que veio a lume em 1966, recorrendo ao modelo de Estado para determinar o sentido e os limites da pena e, por meio destes, os legítimos objetos da tutela penal, Claus Roxin elabora sua concepção de bem jurídico-penal na busca de respostas à

---

<sup>258</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 146-147.

<sup>259</sup> Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 57.

<sup>260</sup> *Constituição e crime*, p. 147-148.

<sup>261</sup> *Idem*, p. 148.

seguinte indagação: “com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade algum dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida?”<sup>262</sup> Estabelece, então, como seu ponto de partida que o atual Direito Penal enfrenta o indivíduo ameaçando, impondo e executando penas, três esferas de atuação estatal que necessitam, separadamente, de justificação, o que o leva a outra indagação: “o que pode proibir mediante a pena o legislador aos seus cidadãos?”<sup>263</sup>

Claus Roxin condiciona a resposta, necessariamente, ao campo de atuação do Estado Democrático de Direito, cuja função não é a realização de fins divinos ou transcendentais, pois todo o poder advém do povo (soberania popular) e cada indivíduo dele participa com igualdade de direitos, o que repele uma atividade estatal consistente em corrigir moralmente “pessoas adultas que sejam consideradas como não esclarecidas intelectualmente e moralmente imaturas”<sup>264</sup>. O Estado limita-se a criar e garantir as condições de uma existência que satisfaça as necessidades vitais da vida em comunidade, salvaguardando-se a garantia da liberdade individual para conformar sua própria vida, eis que “os homens, não possuindo eles próprios legitimação, não podem conferir poderes para coisa diversa aos concidadãos que escolheram para legislar e governar”<sup>265</sup>.

Nessa linha de raciocínio, para Roxin, a concepção de Estado e os seus fins determinarão a finalidade e o fundamento do Direito Penal<sup>266</sup>, uma vez que o fim deste somente pode derivar do Estado e apenas pode consistir em garantir aos cidadãos uma vida em comum livre de perigos. E a justificação de tal fim resulta diretamente do dever do Estado em garantir a segurança de seus cidadãos, o que significa que, em dada situação histórica e social,

“os pressupostos imprescindíveis para uma existência comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade, as quais todo mundo conhece; numa palavra os chamados bens jurídicos; e o direito penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições”<sup>267</sup>.

<sup>262</sup> ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986, p. 15.

<sup>263</sup> Idem, p. 26-27.

<sup>264</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>265</sup> Ibidem, ibidem.

<sup>266</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 144.

<sup>267</sup> ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal, p. 27-28.

Ademais, Roxin considera que, na concepção moderna de Estado, a par da proteção a esses bens jurídicos preexistentes, compete assegurar, se necessário através do Direito Penal, o cumprimento de prestações públicas de que depende o indivíduo no domínio da assistência social, quais sejam, prestações públicas de um Estado que ostenta também objetivos de promoção e ajuda social<sup>268</sup>. O Direito Penal, no seu entender, ostenta dupla função, ao realizar uma das mais importantes tarefas estatais, pois somente a proteção de bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para sua existência possibilitam ao indivíduo “o livre desenvolvimento de sua personalidade”, pressuposto, segundo a Constituição, da dignidade da pessoa humana<sup>269</sup>. Têm-se então duas importantes consequências, que estão concatenadas com o *ius puniendi* estatal: a natureza subsidiária da intervenção penal e a exclusão da competência do legislador em punir condutas apenas pela sua imoralidade, malgrado não lesivas de bens jurídicos.

Segundo Roxin, somente são puníveis as condutas lesivas de bens jurídicos e as contravenções contra os fins de promoção social se forem indispensáveis para a vida em comum, posto que a pena representa, para a pessoa atingida, dano aos seus bens jurídicos, cujos efeitos restringem sua liberdade, consistindo, portanto, a sanção penal na reação mais severa da comunidade, apenas a ela se recorrendo como *ultima ratio*<sup>270</sup>. O Direito Penal deve atuar quando não bastem os meios menos gravosos de outras ramas do Direito. O bem jurídico recebe, assim, dupla proteção: “através do direito penal e ante o direito penal, cuja utilização exacerbada provoca precisamente as situações que se pretende combater”<sup>271</sup>.

De outra banda, Claus Roxin atenta que o Estado não possui legitimidade para tutelar moralmente os cidadãos e que não constitui missão do Direito Penal evitar condutas meramente imorais<sup>272</sup>. Com efeito, não compete a um Estado fundado na soberania popular buscar o aperfeiçoamento moral dos cidadãos, mas sim respeitar as opções de vida de cada

---

<sup>268</sup> Nesse sentido: FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloisa Estellita Salomão. *Revista dos Tribunais*, vol. 776, jun. 2000, p. 413.

<sup>269</sup> ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal, p. 28.

<sup>270</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>271</sup> *Ibidem*, *ibidem*.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 30.

pessoa<sup>273</sup>, limitando-se a assegurar as condições de uma convivência pacífica e garantir os bens jurídicos fundamentais<sup>274</sup>.

Embora a argumentação de Roxin não resida na busca de um conceito material do bem jurídico-penal capaz de fornecer as indicações acerca dos objetos concretos penalmente tuteláveis<sup>275</sup>, sua contribuição para uma noção de bem jurídico à luz da Constituição é inegável. Sustentando a inidoneidade de diversas definições de bem jurídico, nas quais a questão teórica do seu conceito material não se encontra clara e sem que se tenha conseguido precisá-lo de forma a oferecer uma delimitação juridicamente fundamentada e satisfatória de seu conteúdo<sup>276</sup>, Roxin afirma que um conceito político-criminal de bem jurídico somente pode ser derivado das tarefas positivadas na Constituição, por meio das quais se marcam os limites do poder punitivo do Estado<sup>277</sup>. Por conseguinte, em sua definição, os bens jurídicos:

“son circunstancias dadas y finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”<sup>278</sup>.

Esclarece Roxin que, ao chamar a atenção para as circunstâncias dadas e finalidades, em vez de interesses de modo geral, quis expressar que esse conceito de bem jurídico abrange tanto as situações previamente encontradas pelo Direito, quanto os deveres de cumprimento de normas, criados apenas pelo próprio Estado. No seu dizer, tal conceito de bem jurídico é previamente dado ao legislador penal, mas não é prévio à Constituição<sup>279</sup>.

<sup>273</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 145.

<sup>274</sup> Nesse sentido: FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloisa Estellita Salomão. *Revista dos Tribunais*, vol. 776, jun. 2000, p. 413.

<sup>275</sup> Nesse sentido, FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloisa Estellita Salomão. *RT*, vol. 776, jun. 2000, p. 412. Conforme assinala Claus Roxin em ensaio ulterior, acerca do projeto alternativo da Parte Geral do Código Penal alemão (1966): “Claro que o conceito de bem jurídico não é uma varinha mágica através da qual se pode separar desde logo, por meio da subsunção e dedução, a conduta punível daquela de deve ficar impune. Trata-se mais de uma denominação daquilo que é lícito considerar digno de protecção na perspectiva dos *fins do direito penal*. Deste modo, uma vez estabelecidos os fins da pena há que derivar daí aquilo que se considera bem jurídico (...)” (Franz von Lizst e a concepção político-criminal do projecto alternativo. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986, p. 61).

<sup>276</sup> *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de La teoria del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 1997, p. 54.

<sup>277</sup> *Idem*, p. 55-56.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>279</sup> *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de La teoria del delito*, p. 56.



O posicionamento de Roxin é coerente com a distinção que existia na doutrina alemã entre crimes, delitos e contravenções<sup>280</sup>, aqueles determinados para a proteção de bens jurídicos previamente dados (principalmente os direitos individuais) e estas entendidas como infrações aos regulamentos estatais, que não protegem bens jurídicos, mas sim os encargos públicos de ordem e bem-estar, sujeitas a sanções não penais<sup>281</sup>.

Deriva de tal conceito de bem jurídico o seu entendimento que não é possível distinguir delitos e contravenções, perquirindo se uma ação lesiona bens jurídicos preexistentes ou somente infringe normas criadas pelo Estado, eis que também as contravenções, no sentido da dogmática alemã, lesionam bens jurídicos, pois causam dano ao indivíduo ou são prejudiciais para o bem comum<sup>282</sup>. As contravenções integrariam o direito penal administrativo, assim denominado na doutrina portuguesa, que sanciona com penas a violação de ordenações da Administração.

Crítico ao entendimento de Roxin, Jorge de Figueiredo Dias sustenta que se deve continuar a afirmar que a função de todo o Direito Penal, incluindo o direito penal administrativo ou secundário, é a proteção de bens jurídicos, sem que seja necessário o acréscimo da garantia de prestações públicas necessárias à existência, pois estas também podem constituir-se em bens jurídicos a refletir a ordem jurídico-constitucional dos direitos econômico-sociais<sup>283</sup>. Reputa ainda que a intervenção da ordem jurídico-administrativa dos dias atuais se faz sentir, sobretudo na economia, a tal ponto que o direito penal secundário, também denominado acessório, pedra de toque da legislação extravagante, apresenta-se hoje, no seu núcleo essencial, como direito penal econômico ou, consoante designa, direito penal administrativo econômico<sup>284</sup>.

---

<sup>280</sup> As distinções de infrações penais existentes no Código Penal do Reich de 1871 perduraram até 1975, com a reforma penal que se operou na então República Federal da Alemanha, quando desapareceram as contravenções, muitas das quais foram extintas, outras convertidas em crimes ou em meras contraordenações (COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã). *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*, vol. I, p. 85 e 96).

<sup>281</sup> *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*, p. 53.

<sup>282</sup> *Idem*, p. 57, ressalvando a hipótese de que uma regulação dessa natureza não se refira às tarefas estatais de proteção e ordem.

<sup>283</sup> Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*, vol. I, p. 60, nota 87. No mesmo sentido: Direito Penal e Estado-de-Direito Material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime. *Revista de direito penal*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 31, 1982, p. 44.

<sup>284</sup> Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português, p. 37-38.

De toda sorte, assinala Giovanni Fiandaca que, no posicionamento de Claus Roxin, “é, em definitivo, a Constituição que funciona como parâmetro de referência na seleção dos fatos legitimamente sujeitáveis à pena”<sup>285</sup>.

### 3.2.2.2 Teorias constitucionais estritas

Por seu turno, as teorias constitucionais estritas ostentam por norte a delimitação mais concreta do poder criminalizador do legislador penal, o qual “encontra nas constituições prescrições específicas e explícitas nas quais estão presentes os bens jurídicos a serem recebidos na ordem jurídico-penal”<sup>286</sup>. A partir dessas prescrições, que até podem ser implícitas, como adiante se verá, são descobertos os objetos de tutela penal e a forma como ela deve se revestir, conferindo contornos mais precisos ao legislador infraconstitucional para justificar a intervenção punitiva<sup>287</sup>.

Segundo Maria da Conceição Ferreira da Cunha, nas teorias estritas, não bastaria o respeito às implicações penais decorrentes da concepção de um Estado Democrático e Social de Direito; não seria suficiente que o legislador penal não contrariasse os princípios e valores da Carta Política, mas, para além, que estaria somente autorizado a criminalizar a violação de bens que apresentassem algum reflexo em valores constitucionais, pois, desse modo,

“passa a estar mais estritamente limitado pelas opções valorativas constitucionais, não podendo recorrer às sanções penais, sem que tal vise a proteção destes valores. Aqui reside a garantia de que apenas se tutelem penalmente bens de fundamental relevo para a comunidade”<sup>288</sup>.

A concepção constitucional estrita de bem jurídico é sustentada, na doutrina italiana, onde recebeu ampla aceitação, com particulares nuances, por Franco Bricola, Giovanni Fiandaca, Francesco Angioni, Enzo Musco e Francesco C. Palazzo.

Comum a todos os autores é a interpretação atual dos denominados princípios constitucionais de direito penal, os quais imporiam não somente limitações formais ao

<sup>285</sup> O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloisa Estellita Salomão. *Revista dos Tribunais*, vol. 776, jun. 2000, p. 413.

<sup>286</sup> LUISI, Luiz. *Bens constitucionais e criminalização*, p. 105.

<sup>287</sup> Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 65.

<sup>288</sup> *Constituição e crime*, p. 167.

legislador penal, mas também, em consonância com a passagem de um Estado de Direito formal para um Estado de Direito material, indicações vinculantes do conteúdo, as quais não seriam apenas no sentido de o direito penal ser considerado como *ultima ratio*, mas também fornecer critérios para a individualização do que pode ser criminalizado<sup>289</sup>.

Esse entendimento é capitaneado por Franco Bricola, cuja construção teórica parte de dispositivos da Constituição italiana, que consagram o princípio da reserva legal e o caráter pessoal da responsabilidade penal, a par de igualmente reconhecer uma hierarquia de valores que se pode deduzir da Lei Maior.

Assinalando a existência de um complexo de normas constitucionais referentes à matéria penal, Bricola debruça-se sobre o artigo 25, n. 2, que consagra na Constituição italiana o princípio da reserva legal, do qual extrai importantes consequências: em primeiro plano, considera que, ao conferir a legitimidade da elaboração da lei penal ao Parlamento, emerge do ditoso princípio a intenção do constituinte em circunscrever, nos limites da estrita necessidade, a área da ilicitude penal, reduzindo o campo do que pode ser criminalizável; por outro ângulo, também verifica que a taxatividade, implicitamente acolhida no aludido princípio, mostra-se inconciliável com a inflação de ilícitos penais, pois quanto maior a gama de condutas criminalizáveis, menor a condição do cidadão em distinguir o lícito do ilícito<sup>290</sup>.

Além disso, do caráter pessoal da responsabilidade penal, inserto expressamente em dispositivo da Carta Política italiana (art. 27, 1ª *comma*), Bricola retira a consequência de que não se pode recorrer ao ilícito penal quando determinadas necessidades de proteção forem melhor realizáveis por outros meios, tais como a responsabilidade civil pelo risco ou pelo fato ilícito<sup>291</sup>.

Após concluir que o complexo normativo constitucional em matéria penal exprime a exigência de um sistema positivo fundado em um campo restrito de ilícitos penais e encoraja a tendência a uma despenalização, Bricola reconhece que a Constituição italiana (artigo 13) atribui valor proeminente à liberdade pessoal, cuja restrição somente será possível, por meio da sanção penal, quando presente a violação de um bem, o qual, se não for da mesma dignidade em relação ao valor sacrificado (liberdade pessoal), deve ser, ao menos,

---

<sup>289</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 167-168.

<sup>290</sup> Teoria generale del reato. *Novissimo digesto italiano*. XIX. Torinese, 1957, p. 14-15.

<sup>291</sup> Idem, p. 15, e CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 172.

dotado de relevância constitucional<sup>292</sup>. É dizer: a concretização do ilícito penal verifica-se exclusivamente com a significativa lesão de um valor constitucionalmente relevante, pois a norma que introduz um limite a um direito ou a uma liberdade constitucionalmente assegurada deve ser sempre dirigir-se à tutela de um valor constitucional.

A relevância constitucional de um bem, explica o autor,

*“non significa semplicemente no antitetività del bene rispetto alla Costituzione, bensì assunzione del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta Costituzionale...La locuzione ‘rilevanza costituzionale’ è, poi, assai ampia, ricomprendendo non solo i diritti del singolo costituzionalmente garantiti, ma anche quei valori che sono obiettivamente tutelati”*<sup>293</sup>.

O crime é, então, configurado por Bricola como um fato lesivo de um valor constitucional, e, segundo seu entendimento, a norma penal não cria interesses, mas concretiza os valores já previstos na Constituição; o legislador penal, assim, não pode incriminar fatos lesivos de valores que, sem revelarem contrariedade à Constituição, nela não encontram algum reconhecimento explícito ou implícito<sup>294</sup>.

Vai além Bricola: sustenta que a *significativtà* constitucional do valor vincula o legislador não somente à criminalização de condutas, mas também à graduação da sanção penal, conforme a relevância do bem constitucional lesado. Impõe-se, portanto, a proporcionalidade entre a medida da pena e a *significativtà* do valor ofendido<sup>295</sup>, cuja aferição pressupõe o reconhecimento de uma escala hierárquica de valores que se depreende da Constituição<sup>296</sup>.

Givanni Fiandaca, embora reconheça que se deve a Bricola a principal tentativa de elevar a Constituição como fundamento próprio do Direito Penal, tece críticas pontuais aos posicionamentos acima mencionados. Inicialmente, censura a aptidão do art. 13 da Constituição italiana para servir como proposta do fundamento da imposição da sanção penal, pois trata da tutela da liberdade pessoal no âmbito administrativo, cuja restrição encontra-se sujeita à reserva legal. Argumenta o autor que o citado dispositivo não teria qualquer relação

---

<sup>292</sup> Teoria generale del reato, p. 15.

<sup>293</sup> Idem, p. 16.

<sup>294</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>295</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>296</sup> Ibidem, p. 19 e CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 175-176.

com a tutela da liberdade dos cidadãos no que diz respeito ao legislador penal, que se encontra gizada nos artigos 25 e 27 da Carta Política da Itália<sup>297</sup>.

Observa, ademais, que a pena não sacrifica apenas o valor da liberdade pessoal, mas também valores primários como o livre desenvolvimento da personalidade humana e sua dignidade (artigos 2º e 3º, da Constituição italiana), sustentando que a tese de Bricola, ao pretender limitar a tutela penal aos bens constitucionais, acaba por melhor justificar-se ao ter seu fundamento no resultado de uma reflexão conjunta “sobre princípios cardinais que encarnam a feição ‘personalística’ da nossa Carta Fundamental, e não como consequência direta da interpretação de normas isoladas”<sup>298</sup>.

Alerta, por fim, para a dificuldade de se proceder a uma hierarquização sistemática de bens de relevância constitucional, obtemperando que os princípios ordinatórios de uma estruturação hierárquica não são de fácil individualização, o que não impede deduzir, do sistema constitucional, orientações para a resolução do problema<sup>299</sup>, não sem antes observar ainda a existência de objeção à relevância implícita de valores constitucionais, o que implicaria uma renúncia à satisfação de novas exigências de tutela surgidas da realidade social, as quais não seriam subsumíveis ao quadro originário de valores da Constituição<sup>300</sup>.

Para Fiandaca, todos os esforços no sentido de fundamentar uma teoria do bem jurídico com lastro na Constituição funcionam como armas teóricas insubstituíveis a serviço dos programas de reforma da legislação penal, fornecendo “a mais autorizada peça de apoio para uma concepção do instrumento penalístico com último recurso da defesa social”. Assim, o conceito de bem jurídico orientado segundo a Constituição tem a função de trazer a lume “diretrizes programáticas de tutela potencialmente vinculantes”, isto é, concretizar, em sede penal, as indicações constitucionais abstratas, diretrizes essas que, para o autor, são deduzidas dos princípios constitucionais de fundo liberal e daqueles de inspiração solidarística<sup>301</sup>.

---

<sup>297</sup> O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 416.

<sup>298</sup> *Idem*, p. 417-418.

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 420

<sup>300</sup> *Ibidem*, *ibidem*, sustentando que a objeção é redimensionável, eis que “quando parece despontar na ribalta um novo bem merecedor de proteção, trata-se, freqüentemente, da exigência de proteger um bem já existente de uma nova forma de agressão, circunstância que parece caracterizar tipicamente as novas exigências de tutela emergentes do moderno desenvolvimento tecnológico”, considerando que a proposta de “tutela a bens de relevância constitucional, ainda que implícita, poderia, em consequência do caráter não suficientemente definido da fórmula, fazer com que se considere admissível a eventual tutela de bens ainda não emersos no período no qual a Constituição veio à luz”.

<sup>301</sup> O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 427.

Os princípios de fundo liberal constituem a diretriz “voltada a circunscrever a área do penalmente sancionável”, afastando a legitimidade da criminalização de fatos que correspondam ao exercício de liberdades fundamentais ancoradas na Constituição, a não ser que não se trate de incriminações “dirigidas à tutela de explícitos interesses-limite ou de outros interesses de qualquer modo dotados de relevância constitucional”<sup>302</sup>. Ao raciocinar sobre as perspectivas de reforma do denominado “Direito Penal sexual”, cita os princípios de indiscutível relevo constitucional: direito à liberdade moral, à livre manifestação do pensamento, de tolerância ideológica e de tutela de minorias, os quais impedem que o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito transforme-se em um tutor da virtude, impondo a limitação da repressão penal somente às infrações da moralidade pública que sejam, de fato, socialmente danosas. Menciona ainda a existência de uma ulterior orientação constitucional pela descriminalização dos chamados crimes de bagatela, estabelecidos para a tutela de um interesse carente de relevância constitucional explícita ou implícita, ou ainda que acarretem lesões insignificantes a um bem de escassa relevância<sup>303</sup>.

Por outro lado, segundo Fiandaca, os princípios constitucionais de conteúdo social ou solidarístico abrem novas perspectivas de tutela, agora caracterizando uma função “fundamentadora” da Constituição para o sistema penal<sup>304</sup>. Com efeito, a Lei Maior, que consagra a concepção de um Estado Social de Direito, assume os valores constitucionais não apenas como limite negativo da intervenção penal, mas também em uma visão promocional e propulsiva do direito, acrescentando ao Direito Penal “o papel de instrumento que concorre à realização do modelo e dos objetivos de promoção social prefigurados pela Constituição”<sup>305</sup>.

Adverte o autor que a acentuação da função promocional do Direito Penal poderia conduzir ao perigo de transformá-lo de instrumento de tutela em “instrumento de governo”. Defende, portanto, uma seleção rigorosa dos valores suscetíveis de atingir essa mais acentuada função promocional, sem que se rompa o equilíbrio com as funções, conservativa e propulsiva, da tutela penal, exemplificando que similar equilíbrio encontra-se mais seguro na função promocional de salvaguarda de valores coletivos (saúde pública, meio ambiente e aqui

---

<sup>302</sup> O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 428.

<sup>303</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 429.

<sup>305</sup> *Ibidem*, *ibidem*, citando NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, *Dem. e dir.*, 1977, p. 682.

incluímos a ordem econômica), que a própria consciência social desejaria fossem mais incisivamente protegidos e que não seriam impalpáveis ao princípio da ofensividade<sup>306</sup>.

Com fulcro nas diretrizes expostas, Fiandaca formula uma estrutura hierárquica dos bens penalmente relevantes no quadro dos valores constitucionais para a reforma da legislação penal. Assinala que a Parte Especial de um Código Penal deve corresponder aos juízos de valor de uma sociedade. Partindo da concepção de Estado consoante a Constituição italiana, como instrumento da evolução e do desenvolvimento da personalidade humana (premissa do seu posicionamento que se amolda integralmente à Constituição brasileira), frisa que o valor da pessoa humana, o qual é o valor principal, originário e fundante, conduz à abertura da Parte Especial de um Estatuto Repressivo pelos delitos que agridem os bens fundamentais da pessoa (vida, integridade física e liberdade). Contudo, pondera que, em razão de o princípio personalístico ser integrado e enriquecido pelo princípio solidarístico, não estaria em conformidade com a Carta Fundamental privilegiar a tutela dos bens individuais ou contrapô-los aos bens coletivos, conferindo a estes uma proteção penal mais intensa<sup>307</sup>.

Segundo o autor, resulta mais em conformidade à Constituição a natureza instrumental dos bens coletivos, dirigidos à realização de interesses concretos de singulares indivíduos, mas obtempera que isso não significa dizer que “os bens supraindividuais, enquanto instrumentais, devam receber uma tutela, já em linha de princípios, menos intensa relativamente à dos bens individuais”. Considera que a ordem de sucessão dos crimes deveria ter por norte o critério do “*grau de proximidade* paulatinamente decrescente entre tutela do bem coletivo e a tutela de bens pertencentes à pessoa singular”. À guisa de exemplos, esmiuça seu entendimento: após os tradicionais crimes contra a pessoa se colocariam os crimes de perigo comum e aqueles contra a saúde (bem coletivo instrumental); a estes deveriam seguir aqueles contra o ambiente (bem menos referível a interesses individuais autônomos), contra a Administração da Justiça e a Administração Pública, finalizando com os delitos contra o Estado<sup>308</sup>.

Contudo, reputa que relevância constitucional, explícita ou implícita, de um bem não importa na obrigação do legislador ordinário em criar tipos penais para sua proteção,

---

<sup>306</sup> O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 430.

<sup>307</sup> Ibidem, p. 432.

<sup>308</sup> Ibidem, ibidem.

insistindo em uma ampla margem de discricionariedade na escolha legislativa dos meios de tutela em face do perigo

“de que se apele à Constituição para dela deduzir ‘vínculos de tutela penal’ relativamente a determinados bens jurídicos: isto significaria instigar um retorno de cunho restaurador-conservativo, já que acabaria uma vez mais, com a alteração profunda e a derrocada daquela finalidade crítica, de limite à punibilidade, que originariamente inspira a própria tentativa de redesenhar um quadro de bens jurídicos modelados sobre a Constituição”<sup>309</sup>.

Sustenta, então, a ideia da existência de limites de relevância do conceito de bem jurídico como critério de penalização, condicionada pelo êxito de múltiplas verificações a serem efetuadas nas seguintes direções: (i) de que o recurso à sanção penal somente seria legítimo quando resulta racional, isto é, consoante os princípios da necessidade e de “conformidade ao escopo” (ambos no evidente sentido de aferição do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, em duas vertentes: adequação e necessidade), o que acarreta verificar se o comportamento a ser submetido a uma pena seja verdadeiramente idôneo a lesar ou colocar em perigo o bem que se pretende proteger, pois, caso contrário, o recurso à sanção penal seria mais danoso do que útil ou legítima se revelaria sua inflição, o que demanda um juízo de danosidade social do comportamento, com a contribuição de investigações “sóciocriminológicas”; (ii) e de que o princípio da subsidiariedade deve ser observado, eis que o recurso à tutela penal é “sem dúvida, supérfluo todas as vezes nas quais o escopo da disciplina (ou seja, o impedimento da lesão do bem) já é alcançável através de sanções de natureza extrapenal”, exemplificando as sanções de perda de direitos ou de ineficácia do ato como desejáveis para inibir certas formas de criminalidade econômica<sup>310</sup>.

Como se vê, Fiandaca procura apurar o critério de relevância constitucional sustentado por Bricola para a escolha de bens jurídicos a serem penalmente tuteláveis, ao mesmo tempo em que propõe diretrizes para uma ordem hierárquica dos bens penalmente relevantes no quadro dos valores constitucionais e traça limites à opção do legislador penal, ao qual confere discricionariedade na escolha dos meios de tutela de tais valores, sem que fique vinculado a socorrer-se do Direito Penal, guiado pelo princípio da subsidiariedade.

Já Francesco Angioni procura traçar um esboço da teoria do bem jurídico da perspectiva constitucional, ressaltando, dentre os critérios orientadores e eventualmente delimitadores da área do que pode ser punível, o princípio da proporcionalidade na tutela

<sup>309</sup> O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 433.

<sup>310</sup> Ibidem, p. 433-434.



penal, mas aqui no tocante à proporcionalidade em sentido estrito (ponderação de valores). De fato, para o autor, com lastro em uma leitura constitucional, o princípio da proporcionalidade impõe que o bem jurídico ofendido pelo crime seja de igual valor ou proporcional àquele atingido pela sanção penal<sup>311</sup>. Para aferi-lo, em um primeiro passo Angioni identifica na Constituição italiana pelo menos três categorias de bens quanto à sua importância: o bem fundamental (decorrente do sistema de direitos e de instituições que conotam o tipo de ordenamento, e sem o qual a concepção de Estado Social de Direito perderia sua identidade), os bens primários e os bens secundários<sup>312</sup>.

A distinção entre bens primários e secundários é levada a efeito segundo o parâmetro do valor liberdade pessoal. Angioni observa que nos fatos puníveis com a pena “detentiva” (privativa de liberdade), o bem atingido pela sanção é a liberdade pessoal, protegido pela Constituição italiana como primário e inviolável, concluindo, fundado no princípio da proporcionalidade, pela exigência que o bem ofendido pelo crime deva ser igualmente um bem constitucional primário<sup>313</sup>.

Tudo gira, então, ao redor do objeto da tutela penal e da ofensa que se põe em tela em cotejo com a liberdade pessoal. Somente pode ser um delito punível com pena privativa de liberdade o fato que ofende o bem constitucional fundamental ou um bem constitucional primário, de igual dignidade ou proporcional ao bem atingido pela sanção; um delito punível com pena pecuniária apenas pode ser o fato que ofende, ao menos, um bem constitucional secundário, ou seja, o objeto do crime deve ser sempre um bem constitucional, que justifica e legitima uma normatização penal<sup>314</sup>. Demais disso, segundo o autor, o princípio da proporcionalidade também modularia o grau de antecipação da tutela do bem jurídico a legitimar a tipificação e a punição de fatos que a este representam perigo direto ou indireto, distinção que reputa mais adequada do que a dicotomia perigo concreto e abstrato<sup>315</sup>.

Para Angioni, os bens primários ostentam caráter individual, coletivo ou institucional. Os bens individuais são aqueles sem os quais o homem não pode realizar-se nas

---

<sup>311</sup> *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milão: Giuffrè Editore, 1983, p.166.

<sup>312</sup> *Idem*, p. 167. Depreende-se que o bem fundamental tal como no sentido explicado por Angioni somente poderá ser a dignidade humana, dentro de uma concepção de Estado Social no quadro de uma Constituição personalística reforçada pelo princípio solidarístico, segundo o raciocínio de Fiandaca referindo-se à Carta Fundamental italiana, que se aplica *in totum* à Constituição brasileira nortada pelo megaprincípio, o valor fundante, e pode-se dizer, portanto, o bem fundamental mencionado pelo autor: a dignidade da pessoa humana.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 175-176.

<sup>315</sup> *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milão: Giuffrè Editore, 1983, p. 176-187.

formas mínimas existenciais, como por exemplo: a vida, a saúde, a liberdade moral, a honra, o trabalho, bens materiais de subsistência e de autonomia econômica, este último no sentido de assegurar uma existência livre e digna<sup>316</sup>. Os bens de caráter coletivo, por sua vez, são os necessários para que o indivíduo possa realizar-se “nas mínimas expressões sociais”, enquanto os bens institucionais “configuram o tipo de Estado delineado na Constituição”<sup>317</sup>.

Por fim, pondera que, com o fito de que a distinção entre bens primários e secundários conserve sua função prática ao lado de sua validade teórica, há a necessidade de cindi-los em subespécies de diferente valor constitucional, fornecendo como exemplo a honra, que se reparte entre honra, reputação, decoro e prestígio, os dois primeiros são efetivamente bens primários, comparáveis com o parâmetro da liberdade pessoal, e, por conseguinte, os últimos são secundários, admitindo, contudo, que uma decomposição de tal jaez, com desiderato axiológico, não se operaria facilmente em bens como o patrimônio ou a saúde<sup>318</sup>.

Não se pode negar o contributo de Angioni ao enaltecer o princípio da proporcionalidade como fundamento da legitimidade da criminalização, com esteio em valores constitucionais, assinalando a premência do valor liberdade pessoal, que funciona como parâmetro da distinção e da ponderação entre os bens jurídico-penais.

Entretanto, Maria da Conceição Ferreira da Cunha suscita ressalvas na diferenciação entre bens primários e secundários e o emprego da pena detentiva para a tutela daqueles, aplicando-se o princípio da proporcionalidade:

“Elas residem na dificuldade em se graduarem os bens primários e secundários, dificuldade essa agravada com o facto do grau de importância dos bens estar sujeito a mutações históricas. Cremos que há um pequeno núcleo de bens de inquestionável primariedade (vida, liberdade, integridade física), mas, a partir daí, as dúvidas surgirão em crescendo. Digamos que a hierarquização da importância de bens se torna problemática, dependente do momento histórico, e que não se fará pela exigência de categorias precisas a que corresponda determinado grau de importância, mas por uma contínua gradação”<sup>319</sup>.

<sup>316</sup> Ibidem, p. 203, mencionando, no que tange à autonomia econômica, o artigo 36 da Constituição italiana. Na conformidade do artigo 170 da Constituição brasileira, a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, orientada por vários princípios, dentre os quais a defesa do consumidor e do meio ambiente, e não se amolda ao conceito de bem primário de caráter individual (Angioni ressalva que tal conceito tem alcance mais restrito do que o pleno desenvolvimento da personalidade humana preconizado no artigo 3º Constituição Italiana), mas sim de bem primário de caráter coletivo.

<sup>317</sup> *Seminário sobre bien jurídico, apud CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, Constituição e crime*, p. 179.

<sup>318</sup> *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 205.

<sup>319</sup> *Constituição e crime*, p. 180-181. Alerta ainda que, em alguns casos, pode ser impossível estabelecer a gradação entre os bens (idem, ibidem, nota 505).

E, por fim, atenta a autora, com relação aos entendimentos de Angioni e de Bricola, que, embora o princípio da proporcionalidade tenha por pressuposto a existência de uma gradação entre bens, ele deve ser sempre aferido concretamente e não conforme a elaboração rígida de uma hierarquia abstrata de valores<sup>320</sup>.

Por sua vez, Enzo Musco defende a necessidade de encontrar-se um princípio constitucional que pudesse selecionar, dentre os valores constitucionais, aqueles passíveis de tutela penal. Tal princípio é localizado no artigo 27, *comma* 3º, da Constituição italiana, que estabelece a relação entre o bem a ser protegido penalmente e a função da pena, reputando que a área da tutela penal limita-se às “condições mínimas de vida em comum”, que não se identificam com todos os valores constitucionais, cada qual não representando uma entidade puramente normativa, mas “condicionado pelo conjunto de valorações culturais, que determinariam a sua validade no seio de uma dada ordem social”<sup>321</sup>.

Portanto, Musco procura concretizar e delimitar o campo da intervenção punitiva estatal tendo por parâmetro as “condições mínimas da vida em comum”, restringindo ainda mais o âmbito da legitimidade de uma criminalização, ao sujeitar a decisão do legislador à tutela penal de um núcleo mais limitado dentre os valores constitucionais<sup>322</sup>.

O entendimento esposado não é isento de críticas, fundamentadamente por duas razões. A uma, em face de não se verificar total identidade entre o valor constitucional e bem jurídico penal, mas sim uma relação de analogia substancial, conforme sustentado por Figueiredo Dias. A duas, em razão da escolha do legislador penal em proteger o valor constitucional de certas formas de agressão e não de todas as possíveis, pois norteados pelos princípios da fragmentariedade e da proporcionalidade<sup>323</sup>.

A influência da Constituição sobre o conteúdo do Direito Penal é defendida por Francesco C. Palazzo, que vislumbra a existência de indicações constitucionais de conteúdo descriminalizador e criminalizadoras. As primeiras como expressão da função clássica da Lei Maior, ao estabelecer limites ao poder punitivo na perspectiva garantidora do indivíduo; as

---

<sup>320</sup> *Constituição e crime*, p. 183.

<sup>321</sup> *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 122-129, *apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 183-185.

<sup>322</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 185-188.

<sup>323</sup> Nesse sentido: CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 189.

últimas com função propulsora do Direito Penal na concepção de um Estado Social de Direito<sup>324</sup>.

Palazzo ainda diferencia as indicações constitucionais de conteúdo destinadas a incidir na parte especial e aquelas que atuam na parte geral, sobre a estrutura dos tipos penais, notadamente pela análise do aspecto lesivo ou perigoso do fato para o bem jurídico, colocando, portanto, em relevo a influência do princípio da lesividade<sup>325</sup>.

Com efeito, Palazzo ressalta que o princípio em tela, dotado de natureza constitucional, responde a uma clara exigência de delimitação da matéria a ser penalmente tutelada, impedindo, no plano legislativo, o legislador de configurar tipos penais que tenham sido construídos, abstratamente, como fatos indiferentes e preexistentes à norma, eis que, do ponto de vista do valor e dos interesses sociais, já foram configurados como inofensivos. Por seu turno, no plano jurisdicional-aplicativo, o princípio da ofensividade comporta para o juiz o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, malgrado se amolde à descrição típica, é concretamente inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma penal<sup>326</sup>.

Outrossim, o professor de Florença vislumbra que as indicações constitucionais de conteúdo pertinentes à parte especial, ainda no sentido da limitação da intervenção penal, revelam ser fundamental a noção de bem jurídico, pois

“quanto mais se manifesta possível a formulação rigorosa de um catálogo de bens jurídicos constitucionalmente individuados como objetos da tutela penal, tanto mais penetrante será a influência da Constituição no sistema e, antes de tudo, na política criminal do ordenamento”<sup>327</sup>.

Reconhece o autor que a matéria a ser penalmente tutelada somente pode consistir em ofensa aos bens compreendidos na ordem dos valores constitucionais, mas ao mesmo tempo reconhece que a ordem dos bens jurídicos penalmente tuteláveis não lhe é idêntica<sup>328</sup>, ressalva essa que guarda correspondência com o pensamento de Jorge de Figueiredo Dias no que tange à sua proclamada analogia substancial, e não uma relação de identidade, entre a ordem legal dos bens jurídicos e a ordem axiológica presente na Lei Maior.

---

<sup>324</sup> *Valores constitucionais e direito penal*, p. 77-78.

<sup>325</sup> *Idem*, p. 79.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>327</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>328</sup> *Ibidem*, p. 85-86.

Destaca ainda que, em construções doutrinárias recentes, o bem jurídico penal sofre dois processos: um de “jurisdicização”, que consiste em uma dedução da sua origem constitucional; outro de “sociologização”, passando a ser construído como categoria extrassistemática de referência ao ordenamento penal, com suas raízes “no contexto da realidade social de um dado momento histórico”<sup>329</sup>.

A preocupação em deduzir da Constituição a exigência de delimitar a matéria a ser penalmente tutelada se dá, segundo Palazzo, não pela individualização de opções específicas já inseridas no texto constitucional, mas em observância aos princípios político-constitucionais derivados da concepção de Estado Social de Direito, “certamente mais capazes de orientar, constitucionalmente, uma moderna tendência de política criminal, deixando, assim, ao legislador qualquer ulterior concretização”<sup>330</sup>.

São eles os princípios da necessidade da pena criminal, da justa proporcionalidade entre o desvalor do fato e a pena criminal, e aqueles mais significativamente caracterizados sob esse perfil político-constitucional: os princípios da tolerância e do pluralismo, os quais obstam maior abrangência do Direito Penal no sentido de sancionar fatos que estariam longe de provocar imediata ofensa a “bens constituintes de condições primordiais de uma convivência social pacífica”, excluindo-se da intervenção penal fatos reprováveis apenas de um ponto de vista ideológico ou religioso e ajustando-a para “situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil”, tendência essa por ele denominada de secularização do Direito Penal<sup>331</sup>.

### **3.2.2.3 Teoria constitucional eclética ou mista**

Por outro norte, a teoria constitucional eclética ou mista, capitaneada por Jorge de Figueiredo Dias, preconiza que a relação entre as teorias constitucionais do bem jurídico-penal são de complementaridade e não de antagonismo ou de contraposição, havendo uma relação de mútua referência entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais, de tal modo que a Constituição não consista em um catálogo abstrato de bens tuteláveis e sim em um modelo flexível em que a escolha do legislador não se resuma às

---

<sup>329</sup> *Valores constitucionais e direito penal*, p. 86.

<sup>330</sup> *Ibidem*, *ibidem*.

<sup>331</sup> *Ibidem*, p. 86-87.

medidas penais, eis que nem todos os valores consagrados constitucionalmente são dignos de tutela penal<sup>332</sup>.

Com efeito, Figueiredo Dias também irá buscar na Constituição, no modelo de Estado e em seus fins, os fundamentos para a tutela penal. Reconhece a existência de um renovado interesse no que se refere à função do Direito Penal e que sua correta determinação consiste em um dos mais relevantes comandos de um programa de política criminal de domínio e controle da criminalidade, somente possível segundo a concepção de Estado e do modelo valorativo jurídico-constitucional que esta traduz<sup>333</sup>.

Nas palavras do autor, em um Estado de Direito material toda a soberania reside no povo, o qual apenas aliena, para a formação do poder estatal, a quota-parte indispensável à criação de condições da livre realização da personalidade de cada homem, extraindo, então, a premissa que, em uma sociedade verdadeiramente pluralista, na qual o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e visão de mundo, falece ao Estado a legitimidade para impor quaisquer concepções morais. Destaca que:

“num Estado-de-Direito material deve caber ao direito penal uma função exclusiva de proteção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem, e cuja violação constitui o ‘crime’”<sup>334</sup>.

Por conseguinte, para Figueiredo Dias, um programa de política criminal tendo por base essa função do Direito Penal deve repousar em três diretrizes fundamentais: um programa de descriminalização e de luta contra uma inflação incriminatória, adjetivando-a de verdadeira praga nos dias atuais, que reputa conectada à subsistência de uma característica moralizante dos sistemas penais e à crescente complexidade das relações da vida em comum na sociedade industrial e tecnológica; a acentuação da natureza fragmentária ou subsidiária da tutela penal, que preconize o Direito Penal como *ultima ratio*; e a adoção do critério da necessidade social para a intervenção penal, qual seja, o ponto de partida para a averiguação

---

<sup>332</sup> Nesse sentido: SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, p. 91-93.

<sup>333</sup> Direito Penal e Estado-de-Direito Material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime, p. 42-43.

<sup>334</sup> *Idem*, p. 43.

da responsabilidade penal é somente a “conduta externa-social” dos cidadãos, que viola bens jurídicos como interesses socialmente relevantes<sup>335</sup>.

Essa linha de pensar, que poderia inicialmente dar azo à ideia do acolhimento de uma teoria constitucional de carácter geral, enseja raciocínio ímpar quando o autor oferta solução a duas questões por ele propostas: de que forma a noção de bem jurídico adquire a indispensável materialidade e concreção e de que forma tal noção se liga às condições fundamentais de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem?<sup>336</sup>

Figueiredo Dias responde que, se no Estado de Direito material toda a atividade estatal, incluída a jurídico-penal, deve estar submetida à Constituição e fundar-se na legalidade democrática, a ordem legal dos bens jurídicos há de se constituir em uma ordem axiológica como aquela que preside à Lei Maior, verificando-se entre ambas mútua relação, que não é de identidade ou de recíproca cobertura,

“mas de *analogia substancial*, fundada numa essencial correspondência de sentido, a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado”<sup>337</sup>.

É dizer: o conceito de bem jurídico-penal é concretizado segundo um critério material que limita o poder criminalizador do legislador, qual seja, a analogia substancial com a ordem dos valores constitucionais, que constitui o quadro de referência para a intervenção penal.

Segundo Figueiredo Dias, o reconhecimento dessa analogia substancial faz exsurgir um instrumento dogmático fundamental para a reconstrução da doutrina do crime e somente por tal via se alcançará a clareza sobre o sentido e essência do direito penal administrativo, no centro das atenções em razão do aumento da importância do direito penal económico, pois sustenta que a autonomia deste em face do direito penal clássico (ou de justiça), somente será aceitável nos quadros de um Estado de Direito material, diferenciando-os conforme os tipos de bens jurídicos a serem tutelados<sup>338</sup>.

---

<sup>335</sup> Direito Penal e Estado-de-Direito Material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime, p. 43.

<sup>336</sup> Idem, p. 44.

<sup>337</sup> Idem, ibidem.

<sup>338</sup> Ibidem, ibidem.

Deveras, o conceito material de bem jurídico com referência na ordem dos valores constitucionais permite a Figueiredo Dias estabelecer a delimitação entre o direito penal e o direito das contraordenações e distinguir substancialmente o direito penal clássico do direito penal secundário<sup>339</sup>.

Em sua investigação, Figueiredo Dias aponta que, atualmente, o direito penal administrativo não se identifica com o direito das contraordenações, o qual trata de condutas que se revelam axiologicamente neutras, funcionando como limite normativo e negativo daquele. O ilícito penal administrativo ou secundário pertence ao direito penal, eis que preenchido por condutas relevantes do ponto de vista ético-social e daí sua relativa autonomia em relação ao direito penal clássico ou de justiça<sup>340</sup>. O direito penal administrativo somente poderá ser compreendido no campo da ordem legal dos bens jurídicos, que tem por critério reitor “a ordem axiológica constitucional dos direitos sociais e da organização económica”, e, assim, alcança sua relativa autonomia perante a ordem legal dos bens jurídicos do direito penal clássico ou de justiça, orientada pela “ordem axiológica constitucional dos direitos, liberdades e garantias”<sup>341</sup>.

Destarte, a legitimação última da distinção substancial reside na “dupla função desempenhada pela personalidade do homem no contexto material do Estado de Direito”, isto é, a personalidade do homem é verificada em duas dimensões, da sua atuação pessoal e da sua atuação comunitária, destinando-se o direito penal clássico, “primário”, à proteção daquela, e o direito penal administrativo, “secundário”, à proteção desta<sup>342</sup>. Para Figueiredo Dias, ambos os direitos tratam da tutela de bens jurídicos, mas numa ordem legal análoga à ordem dos valores constitucionais, de tal forma que:

“os bens jurídicos protegidos pelo direito penal de justiça se relacionam com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, enquanto os do direito penal administrativo se relacionam com a actuação da personalidade do homem enquanto fenómeno social, em comunidade e em dependência recíproca dela. Por isso os primeiros se devem considerar concretização dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais e os segundos concretizações dos valores ligados aos direitos sociais e à organização económica contidos na Constituição”<sup>343</sup>.

---

<sup>339</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 197.

<sup>340</sup> Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português, p. 60.

<sup>341</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>342</sup> *Ibidem*, *ibidem*.

<sup>343</sup> Direito Penal e Estado-de-Direito Material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime, p. 44-45.



Conforme bem aquilata Maria da Conceição Ferreira da Cunha, esse critério está em plena consonância com a concepção de um Estado de Direito Democrático e Social, no qual a Constituição estabelece como direitos fundamentais não somente direitos, liberdades e garantias, mas também direitos econômicos e sociais, que devem ser considerados como bens jurídicos, tendo em vista a tutela do homem como ser comunitário<sup>344</sup>.

Demais disso, a teoria constitucional eclética permite aferir uma ordem constitucional de valores que impõe coerência na criminalização, de tal forma que criar uma ordem de bens jurídico-penais que inverta a ordem dos valores constitucionais seria eivada de inconstitucionalidade<sup>345</sup>.

#### **3.2.2.4 Teorias constitucionais do bem jurídico-penal e a doutrina brasileira**

No Brasil, Márcia Dometila Lima Carvalho, Luiz Regis Prado, Lenio Luiz Streck e Luiz Luisi comungam o entendimento do aporte constitucional do bem jurídico-penal.

Para Márcia Dometila Lima de Carvalho, o bem jurídico-penal deve sofrer um processo de avaliação em face dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores, como parte de um sistema global tutelado pela Carta Política<sup>346</sup>. Os princípios fundamentais de Direito Penal contidos na Constituição refletem necessariamente sobre a Lei Penal do seguinte modo: enquanto esta limita a esfera de liberdade do cidadão, a Lei Maior é o parâmetro de sua validade e, portanto, é na Constituição que se devem buscar a gênese e a função social do bem jurídico, pois nela se encontra a representação do ideal de direito em determinado momento histórico, não sendo alheia aos interesses da estrutura social<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 198-199.

<sup>345</sup> CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 328. A autora ainda atenta para a diferença terminológica entre ordem dos valores constitucionais e a ordem legal dos bens jurídico-penais, em face da distinção feita por Von Walter Sax (*Grundsate der Strafrechtsplege*), levando em consideração a função e a fisionomia de ambas as ordens: a constitucional, contendo valores fundamentais últimos; e a penal, valores intermédios que, como bens jurídicos, constituiriam a base para o desenvolvimento dos valores fundamentais ético-sociais, de tal modo que os bens jurídicos seriam mediatizações e concretizações dos valores máximos constitucionais, devendo reservar-se a expressão ordem dos valores para o conjunto das decisões constitucionais (*idem, ibidem*, nota 915).

<sup>346</sup> *Fundamentação constitucional do direito penal: crimes econômicos, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, legalidade, culpabilidade e justiça social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 34.

<sup>347</sup> *Idem*, p. 37.

Obtempera a autora que toda a perquirição sobre bem jurídico deve considerar a relação social concreta, qual seja, a posição que nela ocupam os indivíduos e a interação por eles sofrida em relação aos outros no meio social. Em decorrência dessa interação, os bens jurídicos obedecem a determinada hierarquia, posto que a relação social concreta faz surgir determinada prevalência entre eles<sup>348</sup>. Desse modo, com o advento de uma nova ordem constitucional, é imprescindível a revisão dos bens jurídicos tutelados pela lei penal em face da nova Carta Política, o que orienta “onde deve estar o acento dos tipos penais, como devem ser hierarquizados e, conseqüentemente, como devem ser graduadas as penas à luz da importância daqueles bens para os objetivos constitucionais”<sup>349</sup>.

Destarte, as normas penais devem ser interpretadas segundo a lei que lhes é superior hierarquicamente e necessitam ser compatibilizadas, não somente com os preceitos da Constituição, mas com a ideia de direito que esta abriga, e, assim, na hierarquia dos valores expressos no texto constitucional, é que se capta a necessidade de se levar a cabo dois processos, um despenalizador e outro de penalização, a partir de premissas constitucionais; despenalização no que tange a infrações “que não ofendem, significativamente, os novos interesses tutelados pela Constituição”, pois perderam sua relevância social; e penalização de fatos que, até então típicos, passaram a ter relevância social e que ofendem agora tutelados constitucionalmente<sup>350</sup>.

Ainda segundo Márcia Dometila Lima de Carvalho, somente a formulação rigorosa de um elenco de bens jurídicos compatíveis com a Constituição evitará o abuso do poder punitivo, devendo a ordem dos bens jurídicos guardar, como parâmetro, a ordem dos valores constitucionais<sup>351</sup>.

Para Luiz Regis Prado, o legislador ordinário sempre deverá ter em conta os valores consagrados na Constituição, bem como suas diretrizes, para definir os bens jurídicos que serão objeto de tutela penal, em razão do caráter limitativo desta, encontrando-se, nas normas constitucionais, as “linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas”<sup>352</sup>.

---

<sup>348</sup> *Fundamentação constitucional do direito penal*, p. 37.

<sup>349</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>350</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>352</sup> *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 92.

Seguindo o entendimento de Franco Bricola e de Figueiredo Dias, o autor afirma que, em face da proeminência que a Lei Maior outorga à liberdade pessoal e à dignidade da pessoa humana, a eventual restrição de um bem somente poderá ocorrer para a indispensável garantia de outro valor constitucional ou “inerente à doutrina democrática”, caracterizando o injusto material quando há um ataque a bens de análoga dignidade, que sejam dotados de relevância ou compatibilidade constitucional, ou ainda que se encontrem sintonizados com a concepção de um Estado Democrático de Direito<sup>353</sup>. Sustenta, na linha da teoria constitucional eclética, a necessidade de demarcar com contornos mais precisos a atividade do legislador penal, sem lhe tolher sua liberdade de escolha, orientada pela congruência entre o bem penalmente tutelado e os valores fundamentais<sup>354</sup>.

Por sua vez, Lenio Luiz Streck vislumbra a existência, no Brasil, de uma crise que envolve a concepção de bem jurídico no Estado Democrático de Direito, após a Constituição de 1988, produto de um pensamento atrelado ao paradigma penal de nítido caráter liberal-individualista, havendo a necessidade de um redimensionamento na hierarquia dos bens jurídicos, para adequá-los à sua dignidade constitucional. Tal crise verifica-se, mais especificamente, na controvérsia sobre a extensão e a função do bem jurídico entre os penalistas liberais e aqueles de orientação comunitarista-garantista<sup>355</sup>.

Segundo Streck, os penalistas de cariz liberal-iluminista, que defendem uma função limitadora do conceito do bem jurídico, continuam a pensar o Direito como portador de uma contradição insolúvel entre Estado e sociedade e entre Estado e indivíduo: o Estado, assim, seria “mau”, opressor, consistindo a função do Direito Penal na proteção do indivíduo contra essa opressão. Por seu turno, os comunitaristas, partidários de uma concepção de bem jurídico-penal organizativa, interventiva e atenta à realidade social, procuram introjetar no conceito a necessidade de proteção penal a uma série de valores constitucionais de feição coletiva, no que encontram a resistência dos liberais-iluministas, que ofertam óbice à extensão

---

<sup>353</sup> *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 93-94.

<sup>354</sup> *Idem*, p.101.

<sup>355</sup> A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem sobre normas penais inconstitucionais. *Revista Ajuris*, ano XXXII, n. 97, mar-2005, p. 174.

da tutela penal aos bens de interesse da comunidade, sob o argumento de “uma indesejada antecipação das barreiras do Direito Penal”<sup>356</sup>.

Partindo da premissa que a Constituição de 1988 apresenta uma direção vinculante para o Estado e a sociedade, Streck afirma que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, inclusive as programáticas (v.g. as que estabelecem a busca da igualdade, a redução da pobreza e a proteção da dignidade), e comandam a atividade do legislador para que se alcance o objetivo do constituinte. Esse comando traz implícita, no Direito Penal, a necessária hierarquização a ser feita na distribuição dos crimes e das penas, “razão pela qual o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas”. Portanto, não haveria uma liberdade absoluta de conformação legislativa em matéria penal<sup>357</sup>.

Assim, para o autor, a teoria do bem jurídico, sustentáculo dos tipos penais, depende da materialidade da Constituição. O bem jurídico guarda íntima relação com a materialidade constitucional, com os princípios e preceitos que encerram a concepção de um Estado Social e Democrático de Direito, o que, por defluência, acarreta um Direito penal voltado “para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais-sociais”.<sup>358</sup>

Por fim, no entender de Luiz Luisi, o legislador penal não encontrará na Constituição um elenco definido e organizado dos bens que lhe cabe tutelar. Sua tarefa é selecionar, dentre os bens constitucionais, aqueles que deve proteger com sanções, definindo os critérios que devem orientá-lo: de um lado, a valoração da relevância do bem, ou seja, sua significação e importância; de outro, as variadas formas pelas quais podem ocorrer as lesões a tais bens, selecionando as mais graves, e, ademais a verificação, dentre essas, se há necessidade da intervenção penal por não serem suficientes outras sanções disponibilizadas pela ordem jurídica para uma tutela adequada. O critério fulcral é, destarte, o princípio da *ultima ratio*<sup>359</sup>.

---

<sup>356</sup> A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem sobre normas penais inconstitucionais. *Revista Ajuris*, ano XXXII, n. 97, mar-2005, p. 174-175.

<sup>357</sup> *Idem*, p. 176.

<sup>358</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>359</sup> Bens constitucionais e criminalização, p. 107.

Enfatiza Luiz Luisi que merecem tutela penal não somente denominados bens primários (v.g. a vida, a integridade corporal), por serem indispensáveis à própria existência da sociedade, mas também outros, cuja inviolabilidade é consagrada pelas Constituições democráticas, por constituírem as bases da estrutura jurídica alicerçada no perfil ideológico que as fundamenta, como a liberdade e a propriedade<sup>360</sup>.

Na concepção de um Estado Social e Democrático de Direito, as teorias constitucionais, cada qual com suas nuances e particularidades, oferecem certamente maior legitimidade ao sistema punitivo e respostas mais promissoras para as sempre recorrentes indagações sobre qual o conteúdo material do ilícito penal e quais as condutas a serem criminalizadas ou descriminalizadas, notadamente após o advento de Constituições mais recentes (e a nossa Lei Maior é um dos exemplos mais eloquentes), que contêm princípios solidarísticos ao lado de princípios liberais consagrados desde o Iluminismo.

Permitem que a intervenção penal não seja apreciada somente do ângulo de sua limitação, em uma visão própria e ultrapassada de um Estado liberal, formal, de Direito, mas também de sua legitimação positiva, e por vezes sua imposição, em face de novas realidades, com novos riscos a bens individuais e supraindividuais, visão essa adequada ao modelo de Estado de Direito material, qual seja, o democrático, que tem por valor fundante a dignidade da pessoa humana e contém um núcleo liberal e outro social, visando a alcançar a justiça social, a igualdade real.

Portanto, o conteúdo do bem jurídico-penal só pode ser determinado com espeque em valores constitucionais, cabendo aqui as mais variadas expressões empregadas: referência, relevância ou parâmetro. Perilhamo-nos à teoria constitucional eclética, que procura contemporizar as teorias de caráter geral e estritas: para a decisão de criminalização ou de descriminalização de condutas, deverá ser observada a relação de analogia substancial entre a ordem dos valores constitucionais e a ordem legal dos bens jurídicos, pois somente assim se terá maior precisão sobre os contornos da atividade do legislador no tocante a limitação, legitimação ou imposição da intervenção punitiva estatal.

---

<sup>360</sup> Bens constitucionais e criminalização, p. 107.

### 3.3 Conceito material de bem jurídico-penal

O conceito de bem jurídico-penal que possua aptidão para servir como indicador do conceito material do crime deve concretizar os diversos bens jurídicos que autorizam a criminalização por parte do legislador. Com efeito, há enormes coincidências entre os autores acima mencionados sobre o conceito abstrato de bem jurídico. Devemos ir além, buscando um conceito material de bem jurídico-penal, dotado de um conteúdo que o faça não apenas um instrumento de orientação ao legislador, mas também um critério legitimador dos processos de criminalização e de descriminalização. Acrescente-se que, a par de sua função garantidora, gizando os limites da intervenção punitiva estatal, o bem jurídico-penal também preenche o conteúdo do injusto penal (tipicidade e antijuridicidade), constituindo um indicador útil do conceito material do crime.

Essa concretização do conceito de bem jurídico-penal é alcançada através da referência aos valores constitucionais, dos princípios político-criminais da dignidade penal e da carência de tutela penal (necessidade de pena), e da coerência da criminalização com a ordem axiológica existente na Constituição.

#### 3.3.1 Referência aos valores constitucionais

A evolução histórico-doutrinal do bem jurídico-penal demonstra a existência de inúmeras controvérsias e a falta de precisão sobre seu conteúdo, o que não abala o posicionamento dominante na doutrina quanto à missão do Direito Penal consistir em sua tutela. Na doutrina alemã, a finalidade do Direito Penal em assegurar a proteção a bens jurídicos é assinalada por Claus Roxin<sup>361</sup>; na doutrina italiana, por meio da enunciação do princípio da ofensividade, dentro do modelo de crime estabelecido na Constituição como ofensa a bens jurídicos, conforme sustentado por Ferrando Mantovani<sup>362</sup>; e, na Espanha, é

---

<sup>361</sup> Sentido e limite da pena estatal, p. 27-28.

<sup>362</sup> *Diritto penale*, p. 198.

empregada a formulação do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos<sup>363</sup>, adotado em nossa doutrina por Luiz Regis Prado<sup>364</sup>.

Efetivamente, o maior problema reside na sua conceituação, vista por alguns autores como impossível em face das variedades com que se apresenta<sup>365</sup>, Pondera Jorge de Figueiredo Dias que a noção de bem jurídico, malgrado sua importância, não foi, até o presente momento, determinada

“e talvez jamais o venha o ser - com uma nitidez e segurança que a permita converter num conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode ou não pode ser criminalizado. Há todavia, hoje, um consenso relativamente largo sobre o seu *núcleo essencial*”<sup>366</sup>.

E esse núcleo essencial, como se verá, é a noção de valor, o qual deve encontrar congruência com a ordem axiológica consagrada na Lei Maior.

Com efeito, inicialmente com raízes no direito subjetivo, o conceito, logo em seu nascedouro na doutrina, avança para a valoração de bens da coletividade. No pensamento positivista, o bem jurídico-penal foi definido como portador de valor condicionante para a vida dos cidadãos e também como um interesse vital do indivíduo ou da comunidade. Segundo a epistemologia neokantista, sua concepção tem por fundamento valores culturais, os quais, por sua vez, possuíam como alicerces as necessidades individuais socialmente dominantes<sup>367</sup>.

Certamente, o advento do finalismo encerrou uma das maiores polêmicas sobre o conceito de bem jurídico. Hans Welzel, em uma visão ontológica, considerou-o como um bem vital da comunidade e do indivíduo protegido em razão de sua significação social e o tratou como desdobramento de valores ético-sociais, cuja tutela seria a missão do Direito Penal. Na doutrina prevaleceu o entendimento que o bem jurídico, ao ser conceituado como situação

<sup>363</sup> Confira-se a respeito: MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*, p. 95, e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2ª ed. Buenos Aires: Júlio César Faria Editor, 2010, p. 424.

<sup>364</sup> *Curso de direito penal brasileiro*, vol. I: parte geral. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 136. Para a diferença de terminologia da doutrina estrangeira com relação à proteção de bens jurídicos: GRECO, Luis. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. *Direito penal – aspectos jurídicos controversos*. BRITO, Alexis Couto de, e VANZOLINI, Maria Patricia (Coord.). São Paulo: Quatier Latin, 2006, p. 151.

<sup>365</sup> Por todos, TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 176.

<sup>366</sup> *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 62.

<sup>367</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 44.

social desejada, perdeu substância e importância, tornando-se acessório, secundário, em face da tarefa fundamental do Direito Penal em assegurar deveres ético-sociais<sup>368</sup>.

Não sem razão, Francisco de Assis Toledo asseverava, do prisma da definição de Welzel, que, em vez de “situação social desejada”, melhor seria dizer “situação social valiosa”. Isso porque, após fornecer o sentido amplo de bem como tudo aquilo que para nós se apresenta como “digno, útil, necessário, valioso”, o renomado autor concluiu que os bens são “coisas reais ou objetos ideais dotados de ‘valor’, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, ‘valem’”, daí serem disputados, defendidos, sujeitos a lesões ou expostos a perigos de ataques<sup>369</sup>. Compreende-se, assim, o alcance de sua magistral definição: “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”<sup>370</sup>.

As teorias sociológicas de matiz não sistêmicas não se afastam da ideia de valor imanente ao conceito de bem jurídico-penal. Cabe destacar o pensamento de Winfried Hassemer, ao reclamar a danosidade social para a legitimação da intervenção punitiva, a qual tem lugar em face de comportamentos socialmente intoleráveis, assim considerados devido a valorações da sociedade acerca de objetos por eles lesados ou ameaçados de lesão.

Por sua vez, as concepções constitucionais, estritas e de caráter geral, acerca do bem jurídico-penal, possuem em seu cerne as valorações presentes na Carta Política, as quais vinculam a atividade do legislador penal na escolha dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados. A legitimação, positiva e negativa, da intervenção penal é encontrada nas opções valorativas mais essenciais e consensuais de uma sociedade democrática.

Celso Ribeiro Bastos entendia que os valores são diretrizes hermenêuticas para a atividade interpretativa constitucional, conteúdos materiais da Constituição, e conferem legitimidade a todo o ordenamento jurídico, indicando aspirações ideais que devem informar todo o sistema normativo, eis que:

“Os valores expressam aqueles objetivos que devem ser alcançados pelo ordenamento jurídico e que representam o consenso de todos, é dizer, expressam um

---

<sup>368</sup> Confira-se a respeito, por todos: BUSATO, Paulo César, HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 47. Contra, o entendimento já exposto de Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer (*Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 101-102).

<sup>369</sup> *Princípios básicos de direito penal*, p. 15.

<sup>370</sup> *Idem*, p. 16.



sentimento comum a toda a sociedade. Os valores são mutáveis, pois eles têm a necessidade de se acomodarem às novas realidades. Eles são manifestações da vontade de todos os cidadãos, são aquelas metas que devem sempre ser alcançadas e preservadas por todo o ordenamento jurídico. São eles: a liberdade, o direito á vida, a dignidade da pessoa humana (...)<sup>371</sup>.

Acrescentava o saudoso constitucionalista que os valores podem estar inseridos na Lei Maior como normas jurídicas, o que denomina de metanormas, mas também como diretrizes de interpretação: todas as demais normas de um ordenamento devem ser interpretadas em consonância com os valores constitucionais; e na elaboração de normas deverá haver harmonização com estes<sup>372</sup>.

No sistema punitivo de um Estado Social e Democrático de Direito, constitui a essência do Direito Penal, que integra um ordenamento jurídico norteado pelo megaprincípio da dignidade da pessoa humana e informado por valores, a tutela de pressupostos indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade do homem e das condições mínimas de convivência das pessoas em sociedade<sup>373</sup>, dentro do quadro axiológico constitucional, fundamentando assim a necessidade ou não da intervenção penal.

Reina no pensamento jurídico-penal moderno, com exceção dos autores que defendem as teorias de caráter funcionalista-sistêmico (Günther Jakobs e Knut Amelung), que o fim do Direito Penal reside na proteção de bens jurídico-penais, os quais somente podem ser definidos na conformidade aos valores constitucionalmente consagrados e segundo o critério ético-social. Na lição de Américo Taipa de Carvalho, somente são qualificados como bens jurídico-penais “os valores considerados pelo *ethos* social comunitário como essenciais ou indispensáveis para a realização de cada um dos membros da sociedade”<sup>374</sup>, devendo-se buscar, na consciência ético-social de uma comunidade historicamente situada em determinado tempo e espaço, “a referência para a definição do bem jurídico-penal e para a determinação das condutas criminalizáveis”<sup>375</sup>.

Essa realização pessoal, conforme infere Taipa de Carvalho, implica a tutela dos direitos inerentes à pessoa humana individual, direitos protegidos pelo tradicional Direito

<sup>371</sup> *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 240-241.

<sup>372</sup> *Idem*, p. 242.

<sup>373</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 13.

<sup>374</sup> *Idem*, p. 48.

<sup>375</sup> CARVALHO, Antonio Taipa de. *Direito penal: parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime*, p. 47-48.

Penal Clássico, e das condições sociais indispensáveis à realização humana-individual, estas protegidas pelo denominado Direito Penal Secundário<sup>376</sup>, o que o leva a afirmar que o centro nevrálgico de toda a teoria do Direito Penal, irrecusavelmente, é a questão do bem jurídico, sua razão de ser<sup>377</sup>.

A argumentação de Taipa de Carvalho permite diferenciar um conceito dogmático do bem jurídico de um conceito político-criminal. Com efeito, com enfoque exclusivamente dogmático, uma conceituação de bem jurídico-penal enfrentará obstáculos insuperáveis para sua precisão, pois expressará uma vertente do pensamento jurídico-penal: positivismo, neokantismo, finalismo ou funcionalismo (teleológico ou sistêmico). O conceito político-criminal apresenta a inegável vantagem de orientar e legitimar o legislador na criminalização de condutas e na construção dos tipos penais, embora também encerre uma gama de dificuldades.

Do ângulo da categoria legislativo-dogmática de política criminal, que visa a aprimorar a parte geral dos Códigos Penais, e também a construir, suprimir, substituir ou reformar tipos penais na parte especial<sup>378</sup>, Paulo Vinicius Sporleder de Souza formula um raciocínio que também revela tais dimensões, individual e social, do bem-jurídico penal, fornecendo-lhe uma definição ampla e outra estrita, ambas fundadas na noção de valor. No sentido amplo, define bem jurídico-penal como “*todo valor digno e necessitado de tutela penal*”<sup>379</sup>, e em sentido estrito como:

*“todo valor considerado digno de tutela jurídico-penal. Entende-se pela expressão todo valor aqueles objetos ideais que revelados numa determinada realidade sócio-cultural são considerados aptos a satisfazer as necessidades humanas em dado contexto histórico”*<sup>380</sup>.

Na aferição da aptidão de valores para satisfazer as necessidades humanas não se pode descurar que, considerada a natureza comunitária do homem, o fim imediato do Direito, e, por conseguinte, do Direito Penal, segundo assinala o autor, “deve consistir no

---

<sup>376</sup> CARVALHO, Antonio Taipa de. *Direito penal: parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime*, p. 47-48.

<sup>377</sup> Condicionabilidade sócio-cultural do direito penal - análise histórica *apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 13.

<sup>378</sup> *Bem jurídico-penal e engenharia genética*, p. 31.

<sup>379</sup> *Idem*, p.139, nota 5.

<sup>380</sup> *Ibidem*, p. 139-140.

asseguramento das condições necessárias para a coexistência e convivência em sociedade, isto é na manutenção da ordem ou paz social (bem-estar individual e social do ser humano)”<sup>381</sup>.

Conforme obtempera Juarez Tavares, a identificação de bem jurídico como valor faz com que se cumpra sua função delimitadora no Direito Penal, de proteção, não dele próprio, mas da pessoa humana, fim de toda a ordem jurídica<sup>382</sup>.

Os valores, de cunho individual ou supraindividual, que se traduzem em bens jurídicos, dependem do contexto histórico e das condições sociais e culturais de uma dada sociedade, possuindo dignidade penal se guardarem a relação de analogia substancial com a ordem axiológica constitucional, na linha do pensamento de Jorge de Figueiredo Dias. A fonte valorativa do Direito Penal encontra-se, assim, na Constituição, exigindo-se um processo de filtragem constitucional para aquilatar quais bens jurídicos são merecedores de tutela penal<sup>383</sup>.

Um valor somente será considerado bem jurídico se for revestido do caráter de essencialidade para a vida do homem em comunidade, isto é, para sua realização individual e social, e determinado pelo contexto histórico, social e cultural de certa comunidade<sup>384</sup>. Ao se adotar o critério ético-social para a conceituação de bem jurídico, afasta-se: a concepção positivista-legalista, a qual reduziria seu conceito apenas à vontade do legislador ordinário; a concepção jusnaturalista, que reconduziria o universo dos bens jurídicos a um conjunto de valores preexistentes e imutáveis; a perspectiva moralista, por ser incompatível com um Estado Democrático de Direito que se caracteriza pelo pluralismo; e a concepção sociológica sistêmico-funcional, por acarretar o esvaziamento ético-axiológico do bem jurídico-penal com o acento quase exclusivo na funcionalidade do sistema social<sup>385</sup>.

Américo Taipa de Carvalho, ao recusar a perspectiva jusnaturalista, observa que, com seu posicionamento, “não quer negar a perenidade de certos valores; mas, sim, que os valores só se revelam na evolução histórica do concreto existir humano”<sup>386</sup>. Efetivamente, conforme sustentava Franz Von Liszt, a norma penal não cria interesses, valores, os quais são reconhecidos socialmente antes de alçar à proteção jurídica, não se podendo olvidar de seu

---

<sup>381</sup> *Bem jurídico-penal e engenharia genética*, p. 140.

<sup>382</sup> *Teoria do injusto penal*, p. 179-180. Conforme assevera Luiz Regis Prado: “Em uma concepção democrática, o ponto de partida do Direito Penal é dado pelo conceito de pessoa” (*Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 83).

<sup>383</sup> *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, p. 142. Confira-se ainda FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*, p. 52.

<sup>384</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 111.

<sup>385</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal*, p. 45-47.

<sup>386</sup> *Idem*, p. 45.

desenvolvimento histórico, “inseparável da existência do homem e dos sentidos que lhe cumprem”, acarretando a transformação do núcleo ilícito criminal no tempo, no dizer de Eduardo Correia<sup>387</sup>. Nesse caminhar histórico, os bens personalíssimos (vida, integridade física) e os bens pessoais (v.g. patrimônio) sempre contaram com a tutela penal, a qual alcança posteriormente os bens institucionais (Administração Pública, Fé Pública) e recentemente os bens difusos e coletivos (Ordem Econômica e Meio Ambiente).

Contudo, por ser vago, o critério ético-social a ser exigido para um conceito de bem jurídico-penal não seria, por si só, suficiente, havendo a necessidade de sua concretização, para que possa servir como arrimo ao conceito material de crime e, assim, legitimar a criminalização ou a descriminalização de determinadas condutas.

Conforme aponta Luiz Regis Prado, o conceito material do bem jurídico deve ser necessariamente valorado e relativo, válido para determinado sistema social em um dado momento histórico, residindo na realidade ou experiência social e nela incidindo juízos de valor, primeiramente do legislador constituinte e, após, do legislador ordinário<sup>388</sup>.

O conceito de bem jurídico, segundo assinala Jorge de Figueiredo Dias, deverá, então, ser político-criminalmente orientado, mais especificamente “intra-sistemático relativamente ao sistema social e, mais concretamente, ao sistema jurídico-constitucional”<sup>389</sup>. Com efeito, para o renomado autor, os bens de um sistema social somente se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal, quais sejam bem jurídico-penais, por meio da ordenação axiológica constitucional. Assevera que um bem jurídico político-criminalmente tutelável deve estar refletido em um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome de um sistema social total, e, por tal razão, pode-se afirmar que preexiste ao ordenamento jurídico-penal<sup>390</sup>.

Por conseguinte, conclui que se verifica uma relação de mútua referência entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos, relação essa que não é de identidade, mas sim de analogia material fundada em uma correspondência de sentido:

---

<sup>387</sup> Direito penal e direito de mera ordenação social. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 10.

<sup>388</sup> *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 98.

<sup>389</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo, RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 116-117.

<sup>390</sup> *Idem*, p. 119-120.

“Correspondência que deriva, ainda ela, de a ordem jurídico-constitucional constituir o quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da actividade punitiva do Estado. É nesta acepção que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica. É por esta via – e só por ela, em definitivo- que os bens jurídicos se ‘transformam’ em *bens jurídicos dignos de tutela penal* ou com **dignidade jurídico-penal**, numa palavra, em **bens jurídico-penais**”<sup>391</sup>.

### 3.3.2 Dignidade penal

O princípio político-criminal da dignidade penal complementa, metodologicamente, o conceito material de bem jurídico-penal, cujo instrumento legítimo e vinculante de sua concretização, que o dota de uma função crítica do Direito Penal e orienta o legislador na criminalização de condutas, é, sem dúvida, a Constituição<sup>392</sup>. Daí afirmar-se que o bem jurídico-penal situa-se “na fronteira entre a política criminal e o Direito Penal, resultando da criação política do crime, que está atrelada ao modelo de Estado eleito”<sup>393</sup>.

Conforme obtempera Luciano Feldens, a concepção da Constituição com fonte exclusiva de validade de normas penais incriminadoras é alvo de várias objeções. Uma delas, segundo o autor, é que a necessária referência constitucional para a seleção dos bens jurídico-penais remeteria o legislador a um catálogo fechado, desprezando-se os princípios do pluralismo político e da separação de poderes e conferindo-lhes um carácter estático. Além disso, existem hipóteses “em que a tutela penal, conquanto voltada à proteção de um bem jurídico de inequívoca relevância social, não oferece, pelo menos de imediato, uma correlação constitucional”<sup>394</sup>.

Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci ressaltam que a não menção de alguns bens na Constituição não reflete necessariamente sua desclassificação na escala de valores, pois cada Constituição está historicamente condicionada<sup>395</sup>. Debruçando-se sobre a Constituição italiana de 1948, os autores exemplificam que, nessa Carta Política, não são estão expressamente nominadas a vida e a fé pública, bem como não são mencionados os bens

<sup>391</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo, RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 120.

<sup>392</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 115.

<sup>393</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*, p. 149.

<sup>394</sup> *A Constituição penal*, p. 52.

<sup>395</sup> *Costituizone e politica dei beni giuridici. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè Editore, anno XXXVII, aprile-giugno 1994, p. 348.

ambientais, os quais encontram expresse relevo nas Constituição portuguesa de 1976, na Constituição espanhola de 1978, e na Constituição brasileira de 1988. Sublinham, contudo, que atualmente, na Itália, nenhuma dúvida pode avançar-se acerca de legitimidade da tutela penal dos bens ambientais, dos bens da vida e da fé pública, constatação a qual finalizam:

*“La nostra conclusione è dunque nel senso che la Costituzione non pone un limite generale al legislatore ordinario nella scelta discrezionale dei beni da tutelare penalmente: il legislatore non è vincolato in questa scelta alla cerchia dei beni costituzionalmente rilevanti”<sup>396</sup>.*

Frisando a liberdade de escolha do legislador no tocante à seleção dos bens jurídicos a serem penalmente protegidos, Dolcini e Marinucci não deixam de reconhecer que a relevância constitucional de um bem é um *indicativo seguro* de sua importância e um dos pressupostos primordiais do recurso à pena, qual seja, o *merecimento* de tutela penal. Assim, seguindo esse raciocínio, os bens não mencionados, sequer indiretamente, na Constituição, *podem* ser, mas todos os bens constitucionalmente relevantes *são*, incontestavelmente, *merecedores de tutela penal*<sup>397</sup>.

As objeções à concepção constitucional são rebatidas pela acepção de Jorge de Figueiredo Dias no sentido de os bens jurídico-penais revelarem-se concretizações de valores constitucionais, os quais estão ligados, expressa ou *implicitamente*, aos direitos e deveres fundamentais, à ordenação social, política e econômica, o que permite ao legislador e ao intérprete ancorarem-se sempre em uma referência constitucional para a seleção do objeto de tutela penal<sup>398</sup>.

Por sua vez, consoante já mencionado, Giovanni Fiandaca sustenta que a objeção à relevância implícita de valores constitucionais, por pretensa renúncia à satisfação de novas exigências de tutela extraídas da realidade social e não subsumidas, nem subsumíveis, ao quadro originário de valores da Lei Maior, é redimensionável, pois, em primeiro lugar, o tempo cultural necessário para o nascimento de bens inéditos não é breve, e, em segundo lugar, quando um novo bem parece despontar, cuida-se de proteger, no mais das vezes, um bem existente de uma nova forma de agressão, atendendo à necessidade de tutela emergente do moderno desenvolvimento tecnológico, ou, ante o caráter não suficientemente definido da fórmula “relevância constitucional”, que se considere admissível a eventual proteção a “bens

<sup>396</sup> Costituzione e politica dei beni giuridici, p. 349.

<sup>397</sup> Idem, p. 368.

<sup>398</sup> Nesse sentido: FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*, p. 53.

ainda não emersos no período no qual a Constituição veio à luz”<sup>399</sup>. Ressalte-se ainda a assertiva de Celso Bastos no sentido de que os valores constitucionais são mutáveis, sendo necessária sua acomodação às novas realidades<sup>400</sup>.

Destarte, bens jurídicos dignos de tutela penal serão aqueles que encontram fundamento nos princípios e nos valores, expressos ou implícitos, consagrados na Constituição, harmonizando-se com a concepção de Estado nela disposto. Em outras palavras: deve haver congruência entre o bem jurídico-penal e a ordenação axiológica existente na Lei Maior. Os valores constitucionais limitam e legitimam a intervenção punitiva estatal.

Afasta-se assim a incidência do Direito Penal às puras violações morais e às proposições meramente ideológicas ou religiosas, eis que não conformam autênticos bens jurídicos<sup>401</sup>. Retira-se do modelo de Estado Democrático e Social de Direito um princípio geral, o da liberdade e da tolerância, excluindo-se da legitimidade do Direito Penal a tutela de valores morais, religiosos ou ideológicos que não acarretem *danos sociais*<sup>402</sup>.

Também resulta da Constituição a proibição de criminalizar da atuação do agente no uso legítimo de direitos de liberdade constitucionalmente reconhecidos, tais como a liberdade de domicílio, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de organização sindical, o direito de reunião e de associação, liberdade de culto, ressalvando-se seu abuso quando, então, pode acarretar na violação de um direito alheio, violando um bem jurídico-penal<sup>403</sup>.

A Constituição estabelece, portanto, como limite material ao Direito Penal, um modelo de crime como ofensa aos bens jurídicos, uma vez que, de um lado, o Estado somente pode intervir nos direitos e garantias fundamentais quando imprescindível para assegurar direitos e garantias fundamentais de outrem ou da comunidade enquanto tal<sup>404</sup>, o que significa dizer que o Direito Penal somente pode incriminar uma conduta quando lesar ou por em perigo um bem jurídico refletido em um valor jurídico constitucionalmente reconhecido, isto é, que ostente referência constitucional.

---

<sup>399</sup> O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloisa Estellita Salomão. *Revista dos Tribunais*, vol. 776, jun. 2000, p. 420.

<sup>400</sup> *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 240.

<sup>401</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*, p. 124-125.

<sup>402</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 136.

<sup>403</sup> Nesse sentido: FELDENS, Luciano, *A Constituição penal*, p. 48. Confira-se ainda MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio. *Costituizione e politica dei beni giuridici*, p. 338-342.

<sup>404</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*, p. 123.

O juízo de dignidade penal, predominantemente valorativo, é o primeiro passo para legitimar a intervenção punitiva estatal, eis que não basta que o bem jurídico reflita valores, expressos ou implícitos, ou princípios constitucionais. Deve ser aquilatada se a ofensa ou ameaça ao bem jurídico revistam-se de tal gravidade que causem danos sociais.

Conforme assevera Ferrando Mantovani, o princípio da ofensividade, no seu dizer a ofensividade de valores constitucionalmente relevantes ou não incompatíveis com a Lei Maior, abre, para a ciência penal e para o legislador, a tarefa de reconstruir a parte especial da legislação penal, assinalando a diretriz teleológica da atividade de criminalização ou de descriminalização<sup>405</sup>.

O princípio político-criminal da dignidade penal decompõe-se em dois referentes: a dignidade do bem e a danosidade social da conduta, esta última como lesão ou ameaça de lesão ao objeto de tutela, de tal gravidade que ambas se considerem insuportáveis às condições sociais essenciais à livre realização da personalidade de cada homem.

Consoante destaca Maria da Conceição Ferreira da Cunha, a partir da determinação dos bens dignos de tutela penal, de acordo com os valores e princípios da Lei Maior, procede-se, ulteriormente, a uma análise dos efeitos das condutas, de suas variadas formas e do grau de lesão na realidade social, sendo imprescindível a contribuição da Criminologia<sup>406</sup>, já que o problema da danosidade diz respeito ao grau de intolerabilidade social. Baliza-se “por um lado, *o grau de importância dos valores em causa* e, por outro, *os efeitos de determinado comportamento no âmbito social, em relação a esses mesmos valores*”<sup>407</sup>. Destarte, uma conduta, para ser criminalizada, deve ofender valores que guardem congruência com a ordem axiológica da Lei Maior, bem como que ostente danosidade social a justificar o emprego do Direito Penal.

Em outras palavras, é dupla a valoração, com esteio constitucional, que se leva a efeito no juízo de dignidade penal: primeiramente verifica-se a *dignidade penal do bem jurídico* e, então, afere-se a *dignidade penal da conduta* (danosidade social). No que tange à última, a intervenção penal somente se justifica se a conduta ofende ou coloca em perigo um bem jurídico com referência constitucional, excluindo-se da proteção as condutas inofensivas, pois não apresentam danosidade social.

---

<sup>405</sup> *Diritto penale*, p. 193-194.

<sup>406</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 141.

<sup>407</sup> *Idem*, p. 226.



Desse modo, satisfaz-se o corolário da fragmentariedade do Direito Penal, decorrente do princípio da intervenção mínima. O caráter fragmentário do Direito Penal foi enunciado pela primeira vez por Karl Binding, em seu “Tratado de Direito Penal Alemão Comum” (1896)<sup>408</sup>, o que importa dizer que se constitui como um sistema descontínuo, e não exaustivo, de ilícitos: não tutela todos os bens jurídicos, mas sim os mais essenciais à vida em comunidade e, ainda assim, das lesões mais graves, dos ataques que lhes são intoleráveis. Francisco Muñoz Conde destaca que a fragmentariedade desponta nas atuais legislações penais de três formas: defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade; tipificando somente uma parte do que os demais ramos do Direito estipulam como antijurídico; e, por último, deixando sem punição condutas meramente imorais<sup>409</sup>.

O caráter fragmentário do Direito Penal traz ínsita a ideia da intolerabilidade social em face de determinadas condutas e encontra-se evidentemente relacionada com o princípio da proporcionalidade: a justa medida entre o dano social causado com o crime e o dano que a pena implica para o agente<sup>410</sup>. A Constituição serve, destarte, de parâmetro para a aferição da dignidade penal dos bens que devem ser protegidos de condutas que lhes acarretem graves danos sociais.

### 3.3.3 Carência de tutela penal (necessidade de pena)

Ainda que constatada a dignidade penal em suas vertentes valorativas, a justificação da intervenção punitiva estatal demanda verificar a existência de outro princípio político-criminal: a necessidade penal, denominada na doutrina portuguesa de carência de tutela penal<sup>411</sup>. É dizer: ao afirmar-se a dignidade penal, ter-se-ia uma condição necessária, mas não suficiente, para a criminalização de determinada conduta<sup>412</sup>.

---

<sup>408</sup> Nesse sentido: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 86.

<sup>409</sup> *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2003, p. 124.

<sup>410</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 217, notas 606 e 607.

<sup>411</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 77. COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 2, abril-junho 1992.

<sup>412</sup> Nesse sentido: CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 218. Afirma Manuel da Costa Andrade: “Hoje é pacífico o entendimento de que a dignidade penal de uma conduta não decide, por si e de forma definitiva a questão da criminalização” (A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime, p. 185).

Por seu turno, a carência de tutela penal decompõe-se no princípio da subsidiariedade e no princípio da adequação, de tal forma que o Direito Penal somente seja empregado quando absolutamente necessário para uma proteção eficaz aos bens jurídicos congruentes com a Lei Maior. Assim, após um juízo valorativo positivo acerca da dignidade penal, exige-se outro juízo, de prevalência pragmática, orientado pelos critérios de utilidade e eficácia da intervenção criminalizadora, questionando-se qual a forma mais adequada e eficaz para tutelar os bens mais essenciais a uma comunidade<sup>413</sup>.

O princípio da subsidiariedade reclama a utilização do Direito Penal como *ultima ratio*, justificando-se seu emprego somente quando os demais ramos do Direito e outros meios de controle social não sejam capazes de proteger, suficientemente, os bens jurídicos dignos de tutela. O princípio da adequação ou da idoneidade preconiza justamente que seja valorado se a tutela penal afigura-se como adequada, idônea e eficaz para essa proteção, e “ainda numa comparação entre vantagens e desvantagens da intervenção penal, de tal modo que se possa afirmar que a criminalização não cria mais custos do que benefícios”<sup>414</sup>.

No juízo de carência de tutela penal, descortina-se a incidência do princípio da proporcionalidade, pois se analisará a adequação (idoneidade), isto é, a aptidão da pena para alcançar os fins do Direito Penal (proteção de bens jurídicos com relevância constitucional); a necessidade (exigibilidade) ou subsidiariedade: a sanção penal deve ser a única forma capaz de proteger os bens jurídicos, o que não seria obtido com os meios menos gravosos, quais sejam, o socorro a outros ramos do Direito e a outros meios de controle social; e a proporcionalidade em sentido estrito, aqui no exame da justa medida da pena para a tutela do bem jurídico-penal. O exame da adequação e da exigibilidade como critérios aferidores da proporcionalidade traduzem o princípio da ofensividade.

A proporcionalidade em sentido estrito, embora também se relacione com necessidade de pena, atine mais particularmente ao juízo de dignidade penal, pois se cuida de uma questão fundamentadamente axiológica, ponderando-se os valores em jogo: o bem jurídico protegido, com reflexo em valores constitucionais (importância do bem jurídico), de que forma e em que grau é atingido (danosidade social) e o valor restringido com a imposição

---

<sup>413</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 221.

<sup>414</sup> *Idem*, p. 220.

da pena, norte para uma criminalização legítima, atendendo-se ao ideal de justiça e à preservação da dignidade humana<sup>415</sup>.

Observa Maria da Conceição Ferreira da Cunha que, embora a generalidade da doutrina estabeleça a contraposição entre os juízos de dignidade penal e de carência de tutela penal, há autores que sustentam a existência de uma perfeita autonomia entre estes, outros que indicam haver uma relação mais intensa, e ainda aqueles que consideram a presença de três pressupostos legitimadores distintos, quais sejam, a dignidade penal do bem jurídico, a necessidade da tutela penal e o merecimento de pena. Refere-se a alguns exemplos, dentre os quais o entendimento de Hassemer, ao considerar a dignidade e a carência de tutela penal como juízos autônomos, “salientando obedecer a decisão sobre a técnica de tutela a princípios de conteúdos específicos, distintos dos que estão na base da decisão sobre dignidade do bem”<sup>416</sup>.

Acrescente-se ainda o problema do emprego de terminologias diversas, com exemplo eloquente na doutrina italiana. Com efeito, Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, após ponderarem que a quase unanimidade da doutrina reconhece que a existência de um bem merecedor de tutela não é o bastante para justificar a criação de um tipo penal, reputam haver a necessidade, para a criminalização, de se atender, primeiramente, ao princípio da subsidiariedade, que se constitui em uma especificação do princípio da proporcionalidade, e, como critério ulterior, ao princípio de merecimento da pena. Este, para os renomados autores, expressa a ideia de que a sanção penal não deve ser aplicada ante qualquer ataque contra um bem digno de tutela, mas somente quando a agressão alcance um nível de gravidade intolerável<sup>417</sup>. Como se observa, por essa linha de pensar, encontra-se presente a aferição dos juízos de dignidade penal e de carência de tutela penal, com a utilização de expressões diversas que não deixam de apontar para uma relação mais intensa entre ambos.

As diferenças terminológicas e doutrinárias acerca das categorias político-criminais que ancoram o conceito material de bem jurídico-penal acarretam indefinição e insegurança que não escapam à apreciação de Manuel da Costa Andrade. Este, ao atentar para os primórdios da discussão, ressalta que, embora apareça com certa frequência nos tratados do século XIX, é somente nos anos 50 e 60 do século XX, graças às contribuições de Sax, Gallas

---

<sup>415</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 233-235 e notas 661, 662 e 663.

<sup>416</sup> *Idem*, p. 221-222.

<sup>417</sup> *Derecho penal: parte general*. Trad. Luís Fernando Niño. Colombia: Temis, 2006, p. 56-58.

e Sauer, que a dignidade penal passa a constituir um dos tópicos nucleares da política-criminal e a valer como referência permanente da elaboração dogmática. Anota ainda a atualidade do problema:

“Difícilmente, porém, conhecerá a ciência penal matéria que suscite maior desencontro de opiniões. Tudo é questionado e controvertido nesta Babel em que se tornou a doutrina da dignidade penal e da necessidade de tutela penal. E onde, falando todos do mesmo, raros são os que falam da mesma coisa. Não havendo, pois, consenso estabilizado em relação a praticamente nenhum dos aspectos mais decisivos: que termos e conceitos privilegiar; com que compreensão, extensão e relações recíprocas; e, sobretudo, com que estatuto e funções dogmáticas”<sup>418</sup>.

Entretanto, para Costa Andrade, ainda assim é possível assentar uma distinção entre a dignidade penal – como um juízo prevalentemente valorativo, expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, que privilegia os dois referentes materiais, “a *dignidade de tutela* do bem jurídico e a potencial e gravosa *danosidade social* da conduta, enquanto lesão ou perigo para os bens jurídicos” –, e a carência de tutela penal, analisada sobre um duplo juízo, de necessidade e de idoneidade do Direito Penal, para assegurar a proteção de bens jurídicos, desde que essa proteção não se possa alcançar por meios menos gravosos para a liberdade. A criminalização é decidida, pois, quando à legitimidade negativa, mediatizada pela dignidade penal, se acresce à legitimação positiva, a qual é mediatizada por decisões de técnicas de tutela, que encerram o juízo de carência de tutela penal<sup>419</sup>.

Reconhece-se, assim, uma intensa relação, mas não identidade absoluta, entre o juízo de dignidade penal e o juízo de carência de tutela penal. Essa intensa relação revela uma tendencial convergência entre, por um lado, a magnitude do bem a ser protegido e a intolerabilidade social de sua lesão ou perigo de lesão, e, por outro, a necessidade da pena, de tal modo que não há dúvida que condutas com elevado grau de danosidade social a bens fundamentais reclamam a intervenção punitiva estatal, da mesma forma que o Direito Penal não é o instrumento adequado e eficaz, no que se refere às condutas de nula, muito duvidosa, ou muito remota danosidade social<sup>420</sup>.

Porém, nem sempre se revelam nítidas tais situações, o que demanda a análise acurada da realidade social, bem como dos efeitos da intervenção penal, sem jamais deixar de ter em conta a proteção de valores essenciais à sociedade, com espreque constitucional.

---

<sup>418</sup> A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime, p. 175.

<sup>419</sup> Idem, p. 184-186.

<sup>420</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 226-228.

### 3.3.4 Coerência da criminalização com a ordem dos valores constitucionais

Acerca mais particularmente do juízo de necessidade penal descortinam-se dois problemas que devem ser equacionados: qual o procedimento a ser levado a efeito para sua averiguação e se a carência de tutela penal é uma exigência constitucional que vincula o legislador ou apenas lhe serve de indicação, possuindo, então, a liberdade (discricionariedade) de apreciar ou não sua existência. A diferença entre a legitimação e a imposição de criminalização será analisada no capítulo seguinte, aqui nos interessando verificar a legitimidade da intervenção punitiva estatal quando já valorada positivamente a dignidade penal de determinado bem jurídico, guardando coerência com a ordem axiológica existente na Constituição.

No que se refere à investigação da carência de tutela penal, reclama-se uma perquirição sobre a adequação do Direito Penal em cotejo com os outros ramos do Direito e outras formas de controle social, e acerca da sua eficácia em proteger os bens jurídicos. Maria da Conceição Ferreira da Cunha assinala que, nessa investigação, o papel principal competirá ao caráter preventivo da pena, tendo por primeiro plano a prevenção geral positiva, a qual, no seu entender, possui maiores virtudes, sem deixar de reconhecer que se encontra ligada à função de dissuasão e intimidação<sup>421</sup>.

Reputa que, quanto aos efeitos da prevenção geral positiva, é de primordial importância a própria criminalização da conduta danosa, por já produzir efeitos sociais, quais sejam, integração social e “reforço da importância do valor” (aqui acrescentamos: valor com referência constitucional). Destarte, os fins da pena e a finalidade última do Direito Penal devem ser considerados na averiguação da adequação e necessidade de criminalização de condutas revestidas de danosidade social<sup>422</sup>.

Nessa linha de raciocínio, após o juízo de valor positivo sobre a danosidade social de determinada conduta, em uma primeira etapa, a investigação sobre a carência de tutela penal deverá ater-se sobre a existência de outros meios adequados de proteção dos bens jurídicos de dignidade penal já constatada; na etapa seguinte, a averiguação residirá na

---

<sup>421</sup> Idem, p. 237-239.

<sup>422</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 242-243.

suficiência da eficácia de proteção de tais medidas alternativas à pena, ou, em outras palavras, deve-se aferir a idoneidade da pena conforme o grau de danosidade social.

Assim, quanto menor a danosidade social da conduta ao valor tutelado, maior será a exigência quanto à eficácia da pena; se houver elevado grau de danosidade social, deve-se recorrer ao Direito Penal, mesmo que sua idoneidade seja baixa, pois ainda apresentará alguma eficácia para que o bem não fique sem proteção ou com proteção insuficiente<sup>423</sup>.

O legislador, para legitimamente criminalizar uma conduta ou decidir pela descriminalização, está jungido a comprovar a danosidade social da conduta e, em seguida, a carência de tutela penal. Sua tarefa é evidentemente facilitada em situações em que se nega ou se reduz a dignidade penal, pois então nem se chegará à aferição da necessidade da pena. Contudo, toma maior vulto quando, diante de um bem jurídico-penal cuja importância assoma por refletir valores constitucionais de maior relevância, a necessidade de pena, em face da dúvida sobre a danosidade social da conduta, não se descortina claramente, demandando investigações e comparações que forneçam lastro à conclusão sobre a idoneidade do emprego do Direito Penal, conduzindo a decisão, *v.g.*, de descriminalizar uma conduta para outros ramos do Direito ou outras formas de controle social.

Maria da Conceição Ferreira da Cunha aborda três questões relativas à adequação da intervenção penal que bem demonstram as dificuldades de se aquilatar sua eficácia: ao se apresentar muito elevado o grau de violação da norma penal, deve-se concluir, imediatamente, pela ineficácia do Direito Penal? Ao se verificar um número muito elevado de cifras negras de criminalidade também assim se deve concluir? “Qual o limite para podermos dizer que a pena ainda tem idoneidade preventiva?”<sup>424</sup>.

A autora assinala que a frequência de condutas socialmente danosas pode constituir um indício da necessidade de intervenção penal, quando, malgrado sua existência, a prática desses comportamentos continua a aumentar significativamente, o que leva a se indagar se as próprias medidas penais devem ser modificadas, se não se deverá recorrer, isolada ou conjuntamente, a outros meios, ou mesmo se é o caso de deixar de intervir, eis que indicativa de uma transformação na valoração social que aponte ao legislador a descriminalização.

---

<sup>423</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, p. 244.

<sup>424</sup> *Idem*, p. 256, citando, no que tange à terceira questão, ANGIONI, Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 227.

No tocante ao elevado grau de cifras negras, qual seja, a diferença muito grande entre o número de crimes praticados e o número de crimes que chega ao conhecimento das instâncias formais de controle social, atenta que a não aplicação da sanção penal terá efeito negativo tanto no que diz respeito à prevenção especial, quanto no que pertine à prevenção especial, afetando a força dissuasora do Direito Penal. Por fim, obtempera que o elevado grau de cifras negras poderá consistir em indício da inexistência de dignidade penal, acarretando a descriminalização<sup>425</sup>.

Após argumentar que o elevado número de violações de uma norma penal ou o grau de cifras negras não pode ter a última palavra, inequívoca e sem discussão, sobre a inidoneidade do Direito Penal, o qual poderá ter algum efeito preventivo em sentido positivo, continuando a contribuir para a manutenção e reforço da consciência da comunidade quanto ao caráter de dignidade penal da matéria criminalizada<sup>426</sup>, Maria da Conceição Ferreira da Cunha aduz o entendimento, com o qual perfilhamos, que, se com relação às condutas de pequena, ou até nula, danosidade social, a solução evidentemente deverá ser a descriminalização, no tocante às condutas cuja gravidade é clara, o Direito Penal deveria intensificar a persecução, paralelamente com uma modificação da espécie de pena ou de sua medida, quando se mostre necessário, juntamente com a atuação de outras formas de controle social, quando conveniente, somente sendo retirada a proteção penal quando fosse totalmente ineficaz ou sem capacidade de ser eficaz, pois:

“Deste modo, com uma correcta delimitação da área do Direito Penal (desde logo em sede de dignidade penal) talvez se tornasse possível reunir esforços para, em relação aos casos mais graves, se intensificar a persecução e, assim, se diminuir o âmbito das cifras negras e todas as consequências nefastas que consigo acarreta. Mais uma vez, aqui, a dignidade de tutela e o grau de dignidade de tutela têm um papel de primacial importância. Quer por se provar que a maioria dos casos de elevadas cifras negras são de duvidosa ou reduzida danosidade social (mesmo que subsequente à criação da norma), quer porque, em casos de elevadas cifras negras em relação a crimes de elevada danosidade social, como o homicídio, o roubo, as ofensas corporais graves, os crimes económicos e contra o ambiente de particular gravidade, a decisão não deveria ir no sentido de se ‘abandonar o barco’, mas de intensificar o controlo penal, com os esforços que ficariam livres pela descriminalização das outras situações”<sup>427</sup>.

Reforça-se assim a ideia de que a elevada dignidade penal do bem jurídico, assim considerada com referência à ordem axiológica existente na Lei Maior, e a dignidade penal da

---

<sup>425</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 258.

<sup>426</sup> *Idem*, p. 258-259.

<sup>427</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p.262-263.

conduta que o atinge (danosidade social), não podem jamais ser olvidadas na aferição de necessidade da pena para a decisão de criminalização/descriminalização, daí porque a tendencial convergência entre os dois juízos político-criminais, que devem guardar coerência com a ordem dos valores constitucionais.

Cabe aqui bem a lanço o raciocínio de Giovanni Fiandaca e Enzo Musco: quanto mais elevado é o nível de um bem na escala hierárquica adotada na Constituição, tanto mais resulta justificado que os comportamentos que lesionam esse bem ou o colocam em perigo merecem ser apenados, e, ao contrário, quanto mais baixo é o valor de um bem na escala mencionada, tanto mais se justifica reservar a reação penal para as formas mais particularmente graves de sua agressão<sup>428</sup>.

Indaga-se, então: será possível, efetivamente, determinar uma ordem constitucional de valores que acarrete uma coerência na criminalização?

Como visto no estudo das teorias constitucionais estritas do bem jurídico-penal, Giovanni Fiandaca alerta para a dificuldade de se estabelecer uma hierarquização sistemática dos bens com relevância constitucional, eis que seus princípios ordinatórios não seriam de fácil individualização, mas que não haveria óbice intransponível de deduzirem-se da Constituição as diretrizes para estabelecer essa hierarquia.

Deveras, é possível detectar alguma hierarquização, tendencial, mas não rígida, ao se proceder à identificação dos bens primordiais e das formas mais graves de sua agressão, pois, partindo-se do valor fundante das Constituições dos Estados Democráticos de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana, é patente que os valores mais intimamente a ela relacionados revestem-se de primacial importância, destacando-se a vida, base de todos os valores, a liberdade e a integridade física e moral, havendo inegável dever de proteção desses bens, inclusive com o emprego do Direito Penal<sup>429</sup>.

Com essa hierarquização valorativa, o conceito de bem jurídico-penal ancorado constitucionalmente permite, de um lado, estabelecer os limites do poder criminalizador e, de outro, que se realize a tarefa de reforma do Direito Penal, reconstruindo a ordem dos bens jurídico-penais de tal forma que guarde coerência com a ordem dos valores constitucionais, o que atende à relação de analogia substancial que deve existir entre ambas, conforme

---

<sup>428</sup> *Derecho penal: parte general*, p. 59.

<sup>429</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 317-318.



entendimento de Jorge de Figueiredo Dias, na linha da sua teoria constitucional eclética. O princípio da proporcionalidade, em seu sentido estrito, possui aqui grande valia, pois por meio dele é possível individualizar os valores de maior importância, admitindo-se, pela tutela penal, a restrição de direitos fundamentais do autor da sua afetação.

Não há dúvida que valores tradicionais como a vida, a liberdade, a honra, a integridade física e moral, e a propriedade podem ser seguramente identificados como primordiais, pelo próprio conteúdo do artigo 5º de nossa Lei Maior. Trata-se de valores que foram e sempre serão tutelados penalmente, constituindo as condutas que os afetem, quer lesionando-os, quer expondo-os a perigo, os denominados crimes naturais. Evidentemente que tais valores não serão protegidos pelo Direito Penal em face de todos os riscos e ataques, mas quanto maior sua essencialidade, tanto maior a carência de tutela penal a reclamar a intervenção punitiva estatal, sendo legítimo ao legislador proteger tais bens, inclusive por meio da construção de tipos de perigo, concreto ou abstrato.

Contudo, estamos hoje diante de novos valores e de novas manifestações de valores preexistentes, que rivalizam com os valores tradicionais e suas manifestações clássicas, quer com o aparecimento de novas ameaças a valores fundamentais, quer pela tomada de consciência da necessidade de preservar-se a dignidade da pessoa humana de modo mais abrangente, como se revelam as condutas relacionadas ao domínio da genética e das técnicas biomédicas que afetam a dignidade, a vida e a integridade física; as novas ameaças à intimidade e à vida privada, através de técnicas mais apuradas de penetração nessas esferas da personalidade, como se dá com a informática (aqui se destaca a *internet*, rede mundial de computadores); o valor segurança, em face do terrorismo; e, por fim, os valores coletivos como o meio ambiente e a ordem econômica, o primeiro sujeito a perigos crescentes devido às novas tecnologias, e o segundo ao assumir maior importância na concepção de Estado que superou há muito o *laissez-faire*, profissão de fé do liberalismo econômico, e que passa a intervir para a consecução de interesses sociais<sup>430</sup>.

Daí a distinção entre os crimes naturais, acima mencionados, e os crimes de plástico. Os crimes naturais salvaguardam bens pessoais que interessam à sociedade como um todo e foram previstos no passado; são punidos atualmente e certamente serão censurados no futuro. Os crimes de plástico, por sua vez, “são condutas que apresentam um particular interesse em determinada época ou estágio da sociedade organizada, de acordo com as

---

<sup>430</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 322-323.

necessidades políticas do momento”; são característicos de uma criminalidade que atenta contra interesses difusos e coletivos<sup>431</sup>.

As condutas delituosas que colocam em perigo ou lesionam o meio ambiente e a ordem econômica classificam-se-iam, consoante essa dicotomia, como crimes de plástico, eis que são bens supraindividuais, expressando a dimensão solidarística das Constituições dos Estados Sociais e Democráticos de Direito, as quais integram, conforme afirmado por Giovani Fiandaca, princípios de fundo liberal com os princípios de conteúdo social, estes em uma visão promocional, propulsiva do Direito.

Não se nega a dificuldade de hierarquizar os bens supraindividuais com relação aos bens pessoais, pois os primeiros podem ter ou não por referência bens individuais, além de serem submetidos a perigos ou lesões de diversos graus de gravidade. Porém, não há dúvida da dignificação constitucional dos bens coletivos e difusos, o que reclama a aferição do emprego do Direito Penal para sua tutela. Atualmente, consoante bem destaca Márcia Dometila Lima de Carvalho, no balanço dos bens jurídicos dignos de proteção, ganham força os pertinentes à defesa da ordem econômico-social, cultural e ambiental. Sustenta, ainda, que estes, pela Constituição, são hierarquicamente superiores aos clássicos crimes contra o patrimônio<sup>432</sup>.

Importante frisar, neste momento de nossa investigação, que deve ser evitada uma ordem de bens jurídico-penais que subverta a ordem dos valores constitucionais, consistindo essa subversão, acoimada de inconstitucional, em patente incompatibilidade com a ordem axiológica existente na Lei Maior, conferindo-se a um bem de hierarquia constitucional inferior tutela penal mais abrangente e severa do que aquela dispensada a um bem de significado superior.

Passemos, pois, à análise mais particularizada dos bens jurídicos supraindividuais.

### **3.4 Bens jurídicos supraindividuais**

A transição da concepção do Estado de Direito formal em direção ao Estado de Direito material, democrático e social caracterizou-se pelo acolhimento, no ordenamento

---

<sup>431</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*, p. 37-38.

<sup>432</sup> *Fundamentação constitucional do direito penal*, p. 48.

jurídico, de novas ordens de valores, em uma evolução histórica, sucessiva e cumulativa, dando ensejo à classificação dos direitos em dimensões ou gerações, pois, conforme argutamente afirmava Norberto Bobbio, os direitos não nascem todos de uma vez, mas quando devem e podem nascer<sup>433</sup>.

Para Flávia Piovesan, os direitos de primeira geração correspondem aos direitos políticos, traduzindo o valor liberdade; os direitos de segunda geração referem-se aos direitos sociais, econômicos e culturais, que traduzem o valor igualdade; e os direitos de terceira geração correspondem ao direito ao desenvolvimento, à paz, e à livre determinação, traduzindo o valor solidariedade<sup>434</sup>.

No mesmo sentido ensina Paulo Bonavides, ao destacar que os direitos fundamentais de terceira dimensão tendem a cristalizar-se, no final do século XX, como direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado, mas que possuem como destinatário o gênero humano, constituindo direitos da fraternidade, quais sejam, direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação. Vislumbra, por fim, a existência de uma quarta geração de direitos, a qual engloba o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo<sup>435</sup>.

Por sua vez, José Alcebíades de Oliveira Júnior identifica no pensamento de Norberto Bobbio as seguintes fases dessa evolução de direitos: primeira geração, que corresponde aos direitos individuais e pressupõem a igualdade formal perante a lei, considerando o sujeito abstratamente; segunda geração, constituída pelos direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto inserido no contexto social, isto é, analisado na situação concreta, requerendo uma intervenção direta do Estado; terceira geração, correspondente aos direitos transindividuais, também chamados de coletivos e difusos; quarta geração, os direitos de manipulação genética, que estão relacionados à biotecnologia e à bioengenharia e requererem uma discussão ética prévia; e os direitos de quinta geração, advindos do grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento de fronteiras e estabelecendo conflito entre países de realidades distintas<sup>436</sup>.

---

<sup>433</sup> *A era dos direitos*, p. 6.

<sup>434</sup> *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 135, nota 44.

<sup>435</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 569-571.

<sup>436</sup> *Cidadania e novos direitos. O novo em direito e política*. José Alcebíades de Oliveira Júnior (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 192-193.

Malgrado as sutis diferenças observadas nas classificações mencionadas, pode-se verificar que os direitos de primeira dimensão são identificados como direitos individuais, os quais foram reconhecidos nas Constituições dos Estados Liberais de Direito; os direitos de segunda dimensão, como direitos sociais, econômicos e culturais, quais sejam, direitos de participação que visam a incluir o indivíduo no contexto social e caracterizaram os primeiros Estados Sociais de Direito, enquanto os direitos de natureza transindividual (difusos e coletivos) são posicionados como direitos de terceira dimensão, os quais foram incorporados pelas recentes cartas constitucionais dos Estados Democráticos e Sociais de Direito, sensíveis aos novos riscos decorrentes do avanço tecnológico que passaram a afetar a sociedade de massa de um mundo globalizado. Demais disso, consoante bem observa Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, as gerações ou dimensões de direitos interpenetram-se, de tal modo que um direito difuso ou coletivo não deixa de ser social ou ter uma acepção individual<sup>437</sup>.

Os direitos ou interesses transindividuais revestem-se de essencialidade, o que se evidencia claramente pela sua recepção na ordem constitucional, demandando a verificação da sua incorporação ao sistema punitivo como bens jurídico-penais, mediante aferição do preenchimento dos juízos de dignidade penal e de necessidade de pena.

A Constituição Federal de 1988 reconhece expressamente a existência de interesses difusos e coletivos, como se verifica em seu artigo 129, inciso III<sup>438</sup>, contemplando mais especificamente os interesses transindividuais, de natureza indivisível, em diversos outros dispositivos: o meio ambiente (artigo 225, *caput* e artigo 170, inciso VI); defesa do consumidor (artigo 5º, inciso XXXIII; artigo 150, §5º; e no artigo 170, inciso V); proteção à família, à criança e ao adolescente e ao idoso (artigos 226 a 230); proteção das pessoas portadoras de deficiência (artigo 5º, *caput*; artigo 7º, inciso XXXI, artigo 37, inciso VIII; artigo 208, inciso III, artigo 227, §1º, e inciso II, §2º; e artigo 244); a comunicação social e o direito de antena (artigo 5º, inciso IX; e artigo 220, §§1º e 2º).

Contudo, em nenhuma das normas constitucionais citadas, há uma definição de interesses difusos e coletivos, cujo conceito legal encontra-se no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), em seu artigo 81, da seguinte forma:

---

<sup>437</sup> *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007, p. 40.

<sup>438</sup> “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público... III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único – A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I- interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II- interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III- interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

O dispositivo em tela está inserido no Título III do referido diploma legal, com a denominação “Da Defesa do Consumidor em Juízo”, e revela a preocupação do legislador, do enfoque processual, com a proteção efetiva do consumidor, facilitando, por meio da tutela coletiva, seu acesso à Justiça. Embora versando sobre as relações de consumo, cuida-se de uma norma aplicável a todo o ordenamento jurídico e que confere aos interesses ou direitos difusos e coletivos as características comuns da transindividualidade, metaindividualidade ou supraindividualidade, o que significa dizer que transcendem ao âmbito estritamente individual, e da indivisibilidade, pois não podem ser quantificados, divididos e repartidos entre os membros da coletividade ou integrantes do grupo, categoria ou classe que sofrem a lesão. Os interesses ou direitos individuais homogêneos, por sua vez, não são supraindividuais, mas sim essencialmente individuais, de origem comum, divisíveis entre seus titulares, pessoas determinadas ou determináveis.

Parte da doutrina civil trata os interesses difusos e coletivos como expressões sinônimas<sup>439</sup>, mas sua diferenciação é levada a efeito por um maior número de autores<sup>440</sup>. Assinalam que, embora inquestionavelmente todos os interesses tenham caráter supraindividual, é necessário distingui-los, pois também o interesse público, exercido com relação ao Estado, é metaindividual, exemplificando-se o interesse à ordem pública, à segurança pública, de que todos compartilham<sup>441</sup>.

Assim, os interesses difusos caracterizam-se por serem seus titulares pessoas indetermináveis, o que quer dizer que não é possível individualizar todas as pessoas atingidas. Essa cadeia abstrata de pessoas encontra-se ligada por vínculos decorrentes de uma situação

<sup>439</sup> FERRAZ, Antonio Augusto Mello Camargo, MILARÉ, Édis, NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 47-48.

<sup>440</sup> Por todos: MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 48-53.

<sup>441</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. *A tutela dos interesses difusos*. Ada Pellegrini Grinover (Coord.). São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 30-31.

fática comum e não por vínculos associativos ou corporativos. Os interesses difusos, portanto, não podem ser fragmentados, ou seja, atribuídos a determinado segmento da sociedade. Possuem larga área de conflituosidade e ensejam a ocorrência de lesões que se disseminam em massa.

Por seu turno, os interesses coletivos ostentam como titulares grupos, categorias ou classes de pessoas determinadas ou determináveis, unidas por um vínculo jurídico comum, o qual lhes confere situação jurídica diferenciada, que não se confunde com os interesses individuais.

Ambas as categorias constituem interesses supraindividuais ou metaindividuais, mas se vê claramente que os interesses coletivos possuem uma concepção menos abrangente, constituindo-se em interesses comuns a uma coletividade de pessoas, congregadas por um vínculo jurídico definido, enquanto os interesses difusos não estão apoiados em uma relação-base bem definida, cuidando-se de “interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à qualidade de vida”<sup>442</sup>.

Tratemos então da incorporação, ao sistema punitivo, dos direitos ou interesses difusos e coletivos constitucionalmente reconhecidos como bens jurídicos dignos de tutela penal. No Direito Penal, a existência de um bem jurídico de natureza transindividual já era reconhecida na doutrina desde as origens do conceito de bem jurídico-penal. Conforme já mencionado quando do estudo da sua evolução histórico-doutrinal, Birnbaum já fazia a distinção entre crimes naturais e crimes sociais, o que inaugurou a diferenciação, do ângulo da intervenção punitiva estatal, entre bens individuais e supraindividuais.

Por sua vez, Franz von Liszt, expoente do pensamento jurídico-penal positivista, afirmava que todos os bens jurídicos são interesses humanos, do indivíduo ou da coletividade, sustentando ainda a existência de portadores individuais ao lado de portadores supraindividuais, dentre os quais se sobressai o Estado, portador por excelência dos interesse coletivos<sup>443</sup>.

Tais concepções possibilitaram o reconhecimento de bens jurídicos supraindividuais de cunho clássico, como a fé pública e a Administração da Justiça. Contudo,

---

<sup>442</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos, p.30-31

<sup>443</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*, p. 69.

com o advento das atuais sociedades de massa, de risco e pós-industriais, surgiram novos bens jurídicos supraindividuais, os quais mereceram especial atenção das teorias contemporâneas.

Elaborador de uma teoria sociológica com ênfase na valoração que a sociedade confere aos bens afetados por condutas socialmente danosas, Winfried Hassemer defende a limitação absoluta do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos individuais clássicos (vida, saúde, liberdade e propriedade) e de bens jurídicos universais (supraindividuais) necessários ao ordenamento do próprio Estado, enquanto os demais constituiriam o objeto de um Direito de Intervenção, situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, entre o Direito Civil e o Direito Público, com uma carga reduzida de sanções<sup>444</sup>.

Por outro lado, dentre os doutrinadores das teorias constitucionais estritas, Giovanni Fiandaca reconhece que os princípios constitucionais solidarísticos abrem novas perspectivas de tutela penal, formulando uma estrutura hierárquica de bens penalmente relevantes em conformidade com a Constituição, sem privilegiar os bens individuais ou contrapô-los aos bens coletivos<sup>445</sup>, enquanto, conforme já mencionado, Francesco Angioni considera que os bens constitucionais primários, aqueles que uma vez ofendidos justificariam a imposição da pena “detentiva”, podem ostentar caráter individual, coletivo ou institucional.

A proteção penal dos novos bens jurídicos transindividuais denota uma preocupação com o futuro do Direito Penal, atribuindo-se-lhe a função de prevenção de riscos imagináveis, mas sem concretização, o que não escapa às críticas de Jorge de Figueiredo Dias. Para o referido autor, é preciso manter a firme convicção de que tal função somente deve ser cometida, em nome da defesa dos direitos, liberdades e garantias das pessoas, a medidas não penais, sem, contudo, rechaçar que a missão do Direito Penal poderá consistir na tutela de “certos contextos da vida como tais”, como, por exemplo, o meio ambiente e a engenharia genética, bens difusos que levam à criação de tipos penais referidos para o futuro. Pondera ainda o autor acerca de sua ressalva:

“Uma convicção que só se reforçará recusando – como se deve recusar – uma ilegítima restrição da noção de bens jurídico-penais a interesses puramente *individuais* e ao seu encabeçamento em *pessoas singulares*, e aceitando antes a plena legitimidade da existência de bens jurídicos *transpessoais, coletivos, comunitários* ou *sociais*. É em meu juízo, no aprofundamento e do esclarecimento do estatuto dessa classe de bens jurídicos – cujo reconhecimento, de resto, não afetará a natureza em última instância ‘antropocêntrica’ da tutela penal – que reside,

---

<sup>444</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, p. 65 e 68.

<sup>445</sup> O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, p. 432.

no futuro próximo, a tarefa primária da doutrina que continue a fazer radicar a função exclusiva do direito penal na tutela subsidiária de bens jurídicos”<sup>446</sup>.

No âmbito das teorias constitucionais, não há dúvida acerca dessa legitimidade, pois vários dos novos bens jurídicos transindividuais foram alçados, pelas recentes Cartas Políticas dos Estados Democráticos de Direito, à categoria de bens jurídicos constitucionais, indicando um juízo positivo no que tange à dignidade penal, pois estamos diante de bens constitucionalmente relevantes. Contudo, para uma aferição mais precisa da dignidade penal desses bens, haveria ainda a necessidade de diferenciá-los como difusos ou coletivos, para fins da intervenção penal? Em outras palavras, seria de rigor a distinção entre os bens jurídicos supraindividuais, no sentido empregado no Direito Penal, e os interesses difusos e coletivos, tal como definidos na doutrina civil por meio do objeto da ação e seu pedido?

Segundo o entendimento de Gianpaolo Poggio Smanio, quando a doutrina penal refere-se aos bens jurídicos coletivos, na verdade faz referência ao interesse público, que diz respeito aos bens que decorrem de um consenso coletivo, a unanimidade social acerca da forma de proteção, e os conflitos que podem gerar são aqueles entre o indivíduo que comete o crime e a autoridade estatal que efetua a punição. Em relação aos bens jurídicos difusos, a conflituosidade de massa encontra-se presente em suas manifestações, contrastando os interesses entre grupos sociais para sua realização. Muitas vezes o Estado intervém, dispondo uma diretriz para as condutas socialmente consideradas, tipificando tais condutas como crime ou não o fazendo, deixando a solução do conflito para outros ramos do direito<sup>447</sup>.

O autor propõe, então, a partir desse enfoque, a seguinte classificação dos bens jurídico-penais:

- “a) primeiramente, **os bens jurídico-penais de natureza individual**, que são referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis com relação ao titular. Citamos como exemplo, a vida, a integridade física, a propriedade, a honra, etc.;
- b) **os bens jurídico-penais de natureza coletiva**, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis com relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública, etc.;
- c) **os bens jurídico-penais de natureza difusa**, que também se referem à sociedade em sua totalidade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis com

<sup>446</sup> *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 74.

<sup>447</sup> *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 107-108.



relação aos titulares. Ocorre que os bens de natureza difusa trazem uma *conflituosidade social* que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na *proteção ao meio ambiente*, que contrapõe, por exemplo, os interesses econômicos industriais e o interesse na proteção ambiental, ou na *proteção das relações de consumo*, em que estão contrapostos os fornecedores e os consumidores, a *proteção da saúde pública*, enquanto referente à produção alimentícia e de remédios, a *proteção da economia popular, da infância e da juventude, dos idosos, etc.*<sup>448</sup>.

De outra banda, optando por uma classificação segundo a titularidade dos bens jurídicos, Claudio José Langroiva Pereira indica duas categorias ligadas aos bens jurídico-penais individuais, os bens jurídicos personalíssimos (vida, integridade física, liberdade, honra) e os bens pessoais (patrimônio), e dentre os bens jurídicos supraindividuais, ou universais, diferencia os bens jurídicos institucionais, relativos às pessoas públicas ou estatais (o que abarcaria os delitos contra a Administração Pública, contra a Fé Pública), e os bens coletivos e difusos, os quais afetariam uma generalidade de pessoas individuadas, unidas em razão de um elemento aglutinador factual, como a saúde pública, a segurança do trânsito, a segurança no trabalho, o ambiente<sup>449</sup>.

Embora reconheça imperiosa uma definição, ao menos lata, da abrangência dos interesses difusos e coletivos, Renato de Jorge Mello Silveira obtempera que, no estudo da questão no campo penal, poder-se-ia adotar a ideia de sinonímia entre ambos, pois, na verdade, todos são bens supraindividuais, podendo os coletivos ser entendidos com interesses difusos em sentido impróprio e os demais serão interesses difusos em sentido próprio<sup>450</sup>. É o entendimento que perfilhamos, pois todos esses bens tutelam direitos ou interesses de uma coletividade e não de uma pessoa, e sua titularidade pertence a todos os cidadãos (indetermináveis), ou a um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis; todos são indivisíveis, não sendo possível a um indivíduo particularmente considerado como tal deles dispor.

Ainda quanto à legitimidade do Direito Penal para a tutela dos bens supraindividuais, verificam-se na doutrina expressivas correntes que se contrapõem: as teorias monistas e a teoria dualista.

As teorias monistas concebem o Direito Penal e, via de consequência, os bens jurídicos que visa a tutelar, tanto do enfoque do indivíduo quanto do ponto de vista da

<sup>448</sup> *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 108.

<sup>449</sup> *Proteção jurídico-penal e direitos universais: tipo, tipicidade e bem jurídico universal*, p. 93.

<sup>450</sup> *Direito penal supra-individual*, p. 62-63.

sociedade, determinando-se seus titulares conforme a proteção dirigida à pessoa individualmente considerada ou ao Estado e à coletividade. Não faria sentido, portanto, uma autonomia dos bens jurídicos supraindividuais, pois ou todos os bens jurídicos podem ser assim categorizados ou necessitariam ser referíveis a bens pessoais para que possam ser legitimamente tutelados por meio da intervenção punitiva estatal. O monismo abarca a teoria monista-pessoal e a teoria monista-não-pessoal ou estatal.

Para a teoria monista-pessoal, fundada em uma concepção antropocêntrica, o objeto da tutela penal tem sempre como seu único ou imediato parâmetro a pessoa isoladamente considerada como tal. Os bens jurídico-penais individuais clássicos, os bens institucionais e os novos bens jurídicos supraindividuais somente poderão ostentar como sujeito passivo preponderante o indivíduo.

Defensores dessa acepção personalista, Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde sustentam que o conceito genérico de bem jurídico somente poderá ser definido como um interesse humano necessitado de proteção jurídico-penal<sup>451</sup>. Os bens jurídicos supraindividuais não são autônomos na medida em que devem ser funcionalizados para a proteção de interesses individuais, de maior relevância e hierarquia, não devendo integrar o sistema punitivo se não ostentarem esse referente pessoal. Os bens jurídicos ordem econômica e meio ambiente seriam penalmente tuteláveis apenas se identificado um bem jurídico pessoal, ao menos mediato, a ser protegido. De outro ângulo, a teoria monista-não-pessoal deita suas raízes no pensamento de Karl Binding, ao preconizar que todos os bens jurídico-penais possuem como titulares o Estado e a coletividade, sendo, portanto, indivisíveis. Todos os bens jurídico-penais são supraindividuais, deles decorrendo os interesses individuais de menor relevo.

De outra banda, a teoria dualista reconhece que os bens jurídico-penais podem ter natureza individual ou supraindividual, não havendo qualquer vinculação entre ambos, os quais são autônomos, independentes um do outro, tutelados por si mesmos, sem qualquer relação hierárquica. A diferença entre essas classes de bens jurídico-penais não se verifica somente por meio da sua titularidade, mas, para além, revela-se na preponderância do bem-estar individual ou social do ser humano. Assim, os bens jurídicos individuais retratam a proeminência do bem-estar pessoal em face do bem-estar comum, o qual, por sua vez, prevalece quando se cuida de bens jurídicos supraindividuais, sem que se despreze que o fim

---

<sup>451</sup> *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1989, p.112.

do Direito Penal é o homem, visto igualmente em sua relação comunitária, não apenas como um indivíduo abstrato e isolado, mas também como um indivíduo concreto, “socializado” e situado<sup>452</sup>.

Indivisíveis e, portanto, não individualizáveis, os bens jurídicos supraindividuais podem ainda subdividir-se em duas categorias: pessoais ou não pessoais, sem que se abandone o antropocentrismo reclamado pelos defensores do monismo pessoal ou que nele se ancore exclusivamente. Conforme argutamente observado por Paulo Vinícius Sporleder de Souza, os bens jurídicos supraindividuais pessoais são aqueles ligados à esfera essencial do ser humano, dizendo-lhe respeito como um todo indivisível, considerado de forma coletiva ou comunitária, como, por exemplo, a saúde pública, a vida nos crimes contra a humanidade, os crimes relativos à engenharia genética humana. Por outro lado, os bens jurídicos supraindividuais não pessoais são aqueles relacionados mais à órbita periférica, à esfera não essencial do ser humano, mas também tendo em conta sua dimensão coletiva ou comunitária, v.g. ordem econômica e administração da justiça<sup>453</sup>.

A dignificação constitucional dos bens jurídicos supraindividuais, uma das características mais marcantes da concepção do Estado Social e Democrático de Direito, abre as portas para a legitimidade da sua tutela penal, oferecendo o alicerce doutrinário para a exata compreensão de um Direito Penal também centrado na dignidade da pessoa humana em sua dimensão intersubjetiva.

---

<sup>452</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 36, nota 4.

<sup>453</sup> *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, p. 317-318.

## CAPÍTULO IV

### Mandados constitucionais de criminalização

#### 4.1 A legitimação criminalizadora e as imposições constitucionais de criminalização

Compreender que a legitimidade para a criminalização encontra-se ancorada na referência, explícita ou implícita, aos valores constitucionais não significa afirmar que o ordenamento jurídico-penal deverá ser um espelho da Constituição. Ter-se-ia estiolada, sempre e totalmente, a liberdade de escolha do legislador penal, transformando-se a intervenção punitiva estatal em *prima e sola ratio*. Não é o que aqui se sustenta, mas sim que a relação entre os valores constitucionais e os bens jurídico-penais deve ser de coerência, congruência e não de necessária coincidência.

Como se viu, a legitimação criminalizadora está assentada no conceito material de bem jurídico-penal sujeito a dois juízos autônomos, mas tendencialmente convergentes, quais sejam, dignidade penal e carência de tutela penal. Não basta, pois, que o bem jurídico reflita valores ou princípios constitucionais. Reclama-se a aferição da danosidade social da conduta, expressão do caráter fragmentário do Direito Penal, intrinsecamente relacionado ao princípio da proporcionalidade, em seu sentido estrito, protegendo os bens jurídicos que reflitam valores constitucionais dos perigos ou lesões mais graves. Para tanto, o legislador deverá ter uma margem de apreciação e escolha com fulcro na realidade social.

De outra banda, ainda que afirmada a dignidade penal, torna-se necessária uma avaliação da adequação e suficiência do Direito Penal, em síntese, da sua idoneidade para a proteção ao bem jurídico em face de outras medidas de controle social. No juízo de carência de tutela penal também haverá margem de avaliação e opção por parte do legislador penal.

A Constituição estabelece os contornos da legitimidade criminalizadora: legitimação negativa, que consiste na limitação da intervenção punitiva, preenchida pela dignidade penal, e legitimação positiva, autorizando o legislador a criminalizar determinada conduta, que consiste na carência de tutela penal.

Utilizando-se da interessante metáfora de um semáforo, Luciano Feldens afirma que, do primeiro ângulo de análise, a Constituição funciona como um “sinal vermelho” ao legislador, impedindo-lhe que se valha do Direito Penal para tutelar um interesse constitucionalmente proibido ou socialmente irrelevante ou, admitindo-se o interesse como socialmente relevante, que penalize condutas que não o ofendam na perspectiva de um bem jurídico de terceiro: a Lei Maior funciona, desse modo, como limite material do Direito Penal. Mas do outro ângulo, a Constituição também funciona como fonte valorativa do Direito Penal e serve de parâmetro para a escolha dos bens jurídicos a serem tutelados, transmitindo um “sinal amarelo” ao legislador, que permite a ele prosseguir na criação de tipos penais, desde que observadas as cautelas necessárias<sup>454</sup>.

Assim, a Constituição fornece um quadro alargado, dentro do qual o legislador penal pode se mover, evitando-se que sejam violados os critérios (juízos, princípios político-criminais) da dignidade penal e da carência de tutela penal, que lastream a legitimidade criminalizadora, na concepção de um Estado Social e Democrático de Direito, com vistas “a salvaguardar a pessoa de intromissões excessivas, injustificadas ou desnecessárias do Estado na esfera de seus direitos fundamentais”<sup>455</sup>.

Contudo, além da limitação e da legitimação do poder criminalizador, haverá mais uma questão, polêmica, derivada da adoção do conceito material de bem jurídico-penal, cujo conteúdo é preenchido também pela coerência com a ordem dos valores constitucionais: a existência de imposições de criminalização, expressas ou implícitas, na Lei Maior.

Isso porque, nas Constituições dos Estados Sociais e Democráticos de Direito, ao lado dos princípios e garantias herdados da concepção liberal de Estado, limitadores da intervenção punitiva estatal, e da força legitimadora dos valores constitucionais – destacando-se também aqueles de natureza supraindividual –, para emprego do Direito Penal, são encontrados os denominados mandados de criminalização, também conhecidos pelas expressões “cláusulas de criminalização”<sup>456</sup>, “mandados constitucionais de penalização”<sup>457</sup>,

---

<sup>454</sup> *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 34 e 42.

<sup>455</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 292-293.

<sup>456</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, p. 58.

<sup>457</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, p. 69.

ou ainda “obrigações constitucionais de criminalização”<sup>458</sup>, quais sejam, normas constitucionais com ordens de tipificação de condutas, de tratamento mais severo a fatos já incriminados ou proibição de retirada de proteção penal já existente em face de determinado bem jurídico, destinadas ao legislador ordinário.

Crítico, Winfried Hassemer considera que os mandados de penalização caracterizam uma das tendências do Direito Penal moderno, que consiste em transformar o princípio da proteção dos bens jurídicos, na modificação de sua função, de uma proibição limitada de punição em uma ordem de punição, de um critério negativo em um critério positivo de autêntica criminalização, desafiando o legislador a colocar determinados modos de conduta sob uma pena<sup>459</sup>.

Entretanto, conforme bem observa Francesco C. Palazzo, enquanto as indicações constitucionais de descriminalização constituem característica do quadro constitucional do Estado Liberal de Direito, as vertentes orientadas para a criminalização conduzem a uma visão diversa da Constituição no Direito Penal, pois, com efeito, as obrigações de criminalização refletem um novo quadro de valores constitucionais que

“contribuem para oferecer uma imagem de um Estado *empenhado e ativo* (inclusive penalmente), na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal, ainda que por auspícios- por assim dizer- da Constituição”<sup>460</sup>.

Retomando a metáfora utilizada por Luciano Feldens, em sede de mandados de criminalização, a Constituição funciona como fundamento normativo do Direito Penal, transmitindo um “sinal verde” ao legislador, o qual está vinculado à disposição constitucional que estabelece uma zona de obrigatória intervenção punitiva estatal, cuidando-se, portanto, de uma intervenção penal constitucionalmente necessária<sup>461</sup>.

Não se põe em xeque que o Direito Penal é a forma mais drástica de intervenção estatal nos valores fundamentais da pessoa e que, por tal razão, deve ter sua incidência limitada e legitimada, mas também não se pode dar de mão à sua imprescindibilidade para

---

<sup>458</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*, p. 103.

<sup>459</sup> Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, fevereiro-março de 2003, p. 148.

<sup>460</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>461</sup> *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 42.

proteção dos valores mais essenciais à vida do homem em sociedade, o que está relacionado com a dupla face que ostentam atualmente as Constituições dos Estados Sociais e Democráticos de Direito.

Se, de um lado, possuem princípios e normas que defendem o cidadão em suas relações com o poder estatal, de outro, para a efetiva promoção e tutela de direitos individuais e supraindividuais, impõem a esse mesmo poder estatal uma atuação de concretização e proteção dos valores fundamentais nelas consagrados, abandonando-se, assim, a ideia puramente liberal de um Estado que se contrapõe à sociedade para a defesa da liberdade, satisfazendo-se com uma atitude meramente passiva de não interferência.

Resta, então, perquirir acerca do significado e da dimensão dos mandados de criminalização, investigação que enreda pela concepção de Estado adotada na Lei Maior.

A passagem da concepção de um Estado de Direito formal para um Estado de Direito material fez com que os direitos, liberdades e garantias passassem a ser vistos de uma nova ótica, decorrente do valor fundante da dignidade da pessoa humana, com o intuito de protegê-la e promover o livre desenvolvimento da personalidade do homem, ostentando o Estado Democrático e Social de Direito por desiderato a igualdade real, por meio da concretização da justiça social, fazendo exsurgir obrigações estatais, não somente para que sejam efetivamente respeitados os direitos, liberdades e garantias, mas também protegidos de agressões pela própria atuação estatal e por particulares.

Aí reside o maior argumento a favor das imposições constitucionais de criminalização, na seguinte linha de raciocínio: a Constituição impõe ao Estado uma atitude ativa para tornar ela própria eficaz, para dar vida aos valores nela consagrados. E o dever de atuação estatal para proteção desses valores, em face das agressões de terceiros, não se cumpre somente por meio da organização do poder, com a criação de serviços, com o oferecimento de condições para que as liberdades sejam exercidas, com a implementação de políticas públicas para a melhora do ensino, do ambiente ou da saúde, mas é um dever que também implica, quando necessário, a incidência do sistema penal<sup>462</sup>.

Os mandados de criminalização somente poderão decorrer da necessidade do Estado em conferir proteção aos valores mais fundamentais em virtude de sua agressão por terceiros. Essa proteção somente deverá ser levada a efeito pelo Direito Penal quando se

---

<sup>462</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 287.

apresente imprescindível, de tal modo que uma imposição de criminalização existirá nos casos em que a dignidade penal e a carência de tutela penal são tais que exigem, de forma evidente ou quase evidente, a intervenção punitiva estatal<sup>463</sup>.

Aparentemente, a legitimidade e a imposição de criminalização seriam áreas sobrepostas, pois sujeitas aos mesmos critérios de dignidade penal e de necessidade de pena. Contudo, embora relacionadas, não coincidem os seus âmbitos, pois, na hipótese contrária, não restaria qualquer margem de liberdade ao legislador, contrariando a própria função da Constituição de limitação material ao Direito Penal. Confundir-se-ia uma área de criminalização permitida com referência aos valores constitucionais, a qual pressupõe a decisão legislativa lastreada na danosidade social da conduta e na idoneidade do emprego do Direito Penal, com uma área de criminalização obrigatória, derivada do indubitável preenchimento de tais critérios político-criminais. Na verdade, na imposição de criminalização, decorre da própria Constituição a declaração da elevada dignidade penal e da existência da carência de tutela penal.

Maria da Conceição Ferreira da Cunha assinala que a área de criminalização legítima e a área de criminalização obrigatória são distintas, e somente a última pode situar-se como núcleo daquela, de tal forma que, visualizando dois círculos concêntricos, o mais amplo consiste na legitimidade, enquanto o hipotético círculo interior seria o das imposições de criminalização; quanto mais se afasta do centro, mais indefensável será a afirmação da existência destas, situando-se a liberdade legislativa no espaço que separa o círculo interior e o círculo exterior. Desta feita,

“a imposição de criminalização só seria defensável face a condutas que se situassem no *núcleo* do Direito Penal, por ofenderem valores de *maior* dignidade penal, de *indiscutível* dignidade penal, e, por causarem também uma elevada e indiscutível danosidade social, em relação às quais a proteção penal se mostrasse *necessária*”<sup>464</sup>.

Haveria, então, na Constituição, um núcleo próprio do Direito Penal, que essencialmente lhe pertence, um conteúdo mínimo de coerção que se reveste de irrenunciabilidade, constituído dos valores mais essenciais à vida do homem em sociedade, cuja proteção demanda obrigatoriamente a intervenção punitiva estatal. Vislumbram-se então três problemas que devem ser equacionados, quais sejam, a determinação desses valores mais essenciais; a aferição da carência da tutela penal, em face notadamente do princípio da

---

<sup>463</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 294.

<sup>464</sup> Idem, p. 299.



subsidiariedade; e a dimensão dos mandados de criminalização, que abrangem não somente a descriminalização ou a inexistência da tutela penal, mas também quando esta se mostre insuficiente ou for reduzida pelo legislador.

Conforme destaca Luciano Feldens, há um evidente ponto de tensão teórico-discursivo entre a negação da existência de mandados de criminalização, ainda que respeitada a fragmentariedade do Direito Penal, e a sua aceitação, sempre em face de situações limitadas (atendida a fragmentariedade), que tenham referência ao que denomina núcleo ou reserva constitucional do Direito Penal incriminador<sup>465</sup>.

Em prol da negação da existência dos mandados de criminalização, o argumento reitor é, certamente, a patente dificuldade de determinar quais são os valores mais essenciais, de estabelecer uma hierarquia dos valores constitucionais, dificuldade essa que se viu no estudo das teorias constitucionais estritas do bem jurídico-penal, aliado à alegação de uma inversão de sentido da Constituição no que se refere ao Direito Penal: de limitadora para impositiva da intervenção punitiva estatal, sem conferir ao legislador ordinário a liberdade de escolha dos bens jurídicos a serem protegidos, com referência à Lei Maior, subtraindo-lhe a aferição da dignidade penal e da necessidade de pena. Acrescente-se ainda o argumento da violação do princípio da reserva legal, de se estiolar a separação de poderes, eis que, em sede de controle de constitucionalidade das obrigações de criminalização, o Poder Judiciário substituiria o legislador ordinário.

De outra banda, o argumento principal a favor da existência das imposições constitucionais de criminalização é a possibilidade, nas Constituições compromissórias dos Estados Sociais e Democráticos de Direito, que alinham princípios de fundo liberal e princípios solidarísticos, de estabelecer-se um núcleo de valores mais essenciais e mais estáveis, diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana, para cuja proteção será necessária a criminalização, pois, caso contrário, deixar-se-ão tais valores sem uma tutela suficiente e adequada à magnitude de seu significado social. A alegação de violação do princípio da separação de poderes restaria afastada em razão de o controle de constitucionalidade, do mesmo modo que o princípio da reserva legal, estar imposto na Constituição e dizer respeito a todos os poderes e atos do Estado<sup>466</sup>, inclusive a atividade do legislador.

---

<sup>465</sup> *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, p. 70.

<sup>466</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 304-305.

O legislador ordinário não disporia, portanto, de uma liberdade absoluta para determinar o que deverá ser objeto de proteção penal ou para retirar uma tutela já existente com relação aos valores fundamentais, eis que estariam evidentemente atendidas as categorias da dignidade penal e a necessidade de pena.

Com efeito, em condutas como homicídio, roubo e sequestro, não há dúvida acerca de adequação e da indispensabilidade da pena, a demonstrar que condutas de segura e certa danosidade social em face de bens de elevada dignidade penal, ainda que presentes as denominadas cifras negras ou ocultas da criminalidade, implicarão sempre a necessidade de pena, não havendo de se falar em ofensa ao princípio da subsidiariedade.

O estabelecimento de uma ordem hierárquica de valores constitucionais, com a identificação dos valores mais essenciais, dos valores fundamentais à vida do homem em sociedade, não é tarefa impossível, embora revestida de dificuldade, como foi visto, podendo, assim, serem identificados bens jurídicos de inegável magnitude a determinar a carência de tutela penal.

Por outro norte, constituindo os mandados de criminalização em um dever de prestação normativa dirigido ao legislador penal para a proteção dos bens jurídicos fundamentais, evidentemente que essa obrigação não se esgota na criação de tipos penais, mas que estes efetivamente confirmam uma tutela suficiente à elevada dignidade dos valores constitucionais postos em causa; se estes já se encontram protegidos de forma adequada pelo Direito Penal, veda-se a retirada ou o abrandamento da tutela penal já existente.

Em outras palavras, é evidente que as imposições constitucionais de criminalização encerram uma limitação à liberdade de configuração do legislador penal, na medida em que lhe dirigem duas obrigações: uma de caráter positivo, para que construa as normas incriminadoras em consonância com o mandato (ou seja, um mandato de criminalização não define a conduta incriminada ou a sanção, mas sim a conduta por criminalizar), cabendo-lhe, então, a escolha da forma de tutela, adequada e suficiente ao bem jurídico-penal a ser protegido, criando tipos penais de lesão ou de perigo, abstrato ou concreto; outra de caráter negativo quando, diante da existência da norma incriminadora, a existência do mandato lhe proíbe a retirada da proteção ou sua redução, eis que a lei penal, nesse caso, encontra-se revestida de presunção de constitucionalidade no que se refere à

idoneidade do bem jurídico que objeto de tutela<sup>467</sup>. Portanto, os mandados de criminalização fixam e delimitam espaços mínimos de atuação ao legislador ordinário no atendimento de um dever de prestação normativa imposto pela Constituição.

Maria da Conceição Ferreira da Cunha bem delimita o âmbito de uma imposição constitucional de criminalização:

“Ela não poderá abranger a totalidade dos valores constitucionais, nem se poderá confundir com âmbito de uma legítima tutela penal. Ela só se poderá reconduzir a condutas de *inequívoca* e *elevada* dignidade penal (onde se inclui uma elevada danosidade social) e carecidas de intervenção penal, de tal modo que se possa considerar controlável constitucionalmente uma não intervenção”<sup>468</sup>.

Sintetizando, as imposições, obrigações ou mandados de criminalização, que podem ser explícitos ou implícitos, como adiante se verá mais detalhadamente, consistem em valores constitucionais pertinentes à matéria penal, uma vez que se relacionam à matéria que deve ser penalmente disciplinada, indicando ao legislador não uma faculdade, mas a obrigação de protegê-los por meio do Direito Penal, que, na verdade apresenta a dupla face acima mencionada. Se por um lado representa a forma mais severa de intervenção estatal na esfera individual, o que demanda sua limitação e legitimação, seu reverso é a sua imprescindibilidade “para a própria defesa dos valores essenciais à vida do homem em sociedade”<sup>469</sup>, o que conduz a uma visão do Estado não como inimigo dos direitos fundamentais, mas como seu guardião e propulsor, representando um abandono da perspectiva puramente liberal. André de Carvalho Ramos, atenta, inclusive, para a existência de novos paradigmas da repressão penal como instrumento de proteção de direitos humanos:

“o direito penal não é só conformado e limitado pelas Constituições e seu rol de direitos, mas, em algumas situações ele é invocado como instrumento essencial de proteção de bens jurídicos. É uma nova faceta, agora amistosa, na relação entre os direitos humanos e o direito penal”<sup>470</sup>.

Acolher a existência dos mandados constitucionais de criminalização importa concluir que a Constituição funciona como fundamento normativo do Direito Penal, o que acarreta a aferição, pelo Poder Judiciário, da legitimidade constitucional de uma lei não

---

<sup>467</sup> No sentido da presunção de constitucionalidade: FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*, p. 79.

<sup>468</sup> *Constituição e crime*, p. 307.

<sup>469</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 272.

<sup>470</sup> Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 62, setembro-outubro de 2006, p. 15.

apenas pela sua qualificação como excedente, mas também se considerada deficiente na tutela de valores fundamentais, cujo controle desafiaria o manejo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou do mandado de injunção. Cabe ressaltar que esse controle se reveste de particular dificuldade, levando-se em conta os efeitos práticos, que nada mais fazem do que constituir mora legislativa do Congresso Nacional<sup>471</sup>, ou ainda conduzir a uma responsabilidade política do Parlamento, pois a ausência da norma incriminadora poderá gerar lesões a direitos individuais<sup>472</sup>.

Na esteira de compreender a relação entre a Constituição e o Direito Penal, os valores constitucionais mais essenciais funcionam como limite intransponível ao legislador ordinário. A par de a legitimação da criminalização encontrar-se vinculada pela referência, que pode ser expressa ou implícita, do bem jurídico à ordem axiológica constitucional, não se pode olvidar que há situações “em que a proeminência do bem jurídico-constitucional *exigirá*, pelo menos quando diante de ataques mais repulsivos, a proteção por meio de normas penais”<sup>473</sup>.

Em um primeiro momento, cumpre-nos analisar os mandados expressos de criminalização, seu significado e quais são as normas que os identificam na Constituição Federal de 1988, a qual ostenta uma plêiade de normas expressamente relacionadas ao Direito Penal, que gizam os limites da política criminal do Estado, vinculando o legislador ordinário. Em seguida, cuidar-se-á de uma questão ainda mais polêmica: a da existência de mandados implícitos de criminalização, partindo-se para a investigação dos valores constitucionais a partir dos quais eles podem ser deduzidos.

---

<sup>471</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*, p. 70, mais especificamente nota 100. Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci, ao analisarem as obrigações constitucionais expressas de criminalização, concluem pela sua irrelevância no sistema jurídico italiano nas hipóteses de omissão total ou parcial de atuação por parte do legislador ordinário, mas que são vinculantes nas hipóteses em que uma preexistente norma incriminadora em conformidade com a obrigação constitucional expressa venha a ser despenalizada, pois a norma despenalizadora poderá ser declarada ilegítima por contrastar com a norma constitucional que impõe a obrigação de criminalização (Costituizone e politica dei beni giuridici. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè Editore, anno XXXVII, aprile-giugno 1994, p. 356).

<sup>472</sup> Idem, p.79.

<sup>473</sup> Ibidem, p. 70.

## 4.2 Mandados expressos de criminalização

A Constituição Federal de 1988 ostenta um número significativo de normas que explicitamente impõem ao legislador penal a obrigação de criminalizar condutas ofensivas a determinados bens jurídicos, sendo um dos exemplos mais eloquentes dentre as Cartas Políticas dos Estados Sociais e Democráticos de Direitos da existência dos mandados expressos de criminalização.

Encontram-se claramente nos seguintes dispositivos: artigo 5º, incisos XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”), XLII (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível sujeito a pena de reclusão na forma da lei”), XLIII (“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores, e os que, podendo evitá-los, se omitirem”), e XLIV (“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito); artigo 7º, inciso X (consistente na retenção dolosa do salário dos trabalhadores, urbanos e rurais)<sup>474</sup>; artigo 225, §3º (condutas lesivas ao meio ambiente)<sup>475</sup>; artigo 227, §4º (“a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”).

Outrossim, não se pode olvidar a incorporação de mandados expressos de criminalização por força da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos. Com efeito, com a redação do §3º do artigo 5º da Lei Maior<sup>476</sup>, acrescentado pela EC n. 45/2004, não há mais qualquer dúvida que os tratados internacionais de direitos humanos ingressam em nosso ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional. Ora, anteriormente à Emenda Constitucional mencionada, já se compreendia que esses documentos internacionais eram formal e materialmente constitucionais, nos termos do artigo 5º, §2º, da CF. Atualmente, deve

<sup>474</sup> “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição pessoal: X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime a sua retenção dolosa”.

<sup>475</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano.”

<sup>476</sup> “Art. 5º (...) §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

ser observado, para sua incorporação, um novo rito de natureza formalmente constitucional<sup>477</sup>. Assim, *v.g.*, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995, obriga os Estados-Partes a adotar, em sua legislação interna, normas penais necessárias para combater a violência contra a mulher, o que configura, sem dúvida, um mandado expresso de criminalização.

Encontramos, no Direito Comparado, mandados de criminalização nas Constituições da Itália (1948), Alemanha (1949), Portugal (1976)<sup>478</sup>, e Espanha (1978), embora em menor número ao cotejarmos com a Carta Política brasileira. A razão inspiradora que une essa espécie de normas, as quais, presentes em diversas Constituições, impõem expressamente obrigações de incriminar determinadas condutas, reside em uma dupla ordem de considerações: a importância atribuída ao bem jurídico protegido e a necessidade do recurso à pena, considerada como o único instrumento de assegurar-lhe uma tutela eficaz, além de antecipar a valoração político-criminal que normalmente seria deixada à discricionariedade do legislador, em razão da experiência histórica, bem como dos projetos e dos objetivos que várias nações propuseram no momento em que veio a lume o texto constitucional.

Conforme observam Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci, algumas dessas normas constitucionais que impõem obrigações expressas de criminalização voltam-se para o passado, para as trágicas experiências vivenciadas cujo retorno se quer impedir para sempre<sup>479</sup>. À guisa de exemplo, o artigo 26 da Lei Fundamental Alemã, ao estabelecer como inconstitucionais os atos suscetíveis de atentar contra a convivência pacífica entre os povos e realizados com essa intenção – em especial os que se destinem a uma guerra de agressão, os quais deverão ser penalizados<sup>480</sup> –, foi evidentemente determinado pelos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial.

---

<sup>477</sup> RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 62, setembro-outubro de 2006, p. 54.

<sup>478</sup> Observa Maria da Conceição Ferreira da Cunha que em Portugal somente existiria um caso em que se poderia falar de imposição de criminalização, ainda assim muito vaga, estabelecida no art. 120, n. 3, da Carta Política daquele país, ao dispor sobre crimes de responsabilidade dos titulares de cargos públicos. Havia outro dispositivo (art. 88, n. 1) que dispunha sobre atividades delituosas contra a economia nacional, o qual foi revogado (*Constituição e crime*, p. 309).

<sup>479</sup> DOLCINI, Emilio, MARINUCCI, Giorgio. *Costituizione e politica dei beni giuridici*, p. 352.

<sup>480</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*, p. 152.

Na Constituição Federal brasileira, os mandados expressos de criminalização que impõem ao legislador a punição dos atentados às liberdades e aos direitos fundamentais, da prática de tortura, do terrorismo, das ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e contra o Estado Democrático de Direito, destinam-se claramente a evitar que persistam comportamentos que ocorreram no regime militar.

As obrigações explícitas de penalização com relação ao racismo, ao tráfico ilícito de entorpecentes e ao abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes, por sua vez, visam a intensificar o controle penal nos fenômenos patológicos radicados na estrutura socioeconômica de nosso país, que o novo Estado Democrático de Direito pretende combater, e a exigência constitucional de tutela penal do meio ambiente reflete a importância desse bem jurídico, que pode ser objeto, no futuro, de agressões sempre mais graves e frequentes<sup>481</sup>.

Acrescente-se que o dispositivo constitucional que obriga o legislador a proteger o salário do trabalhador na forma da lei, criminalizando sua retenção dolosa, está evidentemente relacionado ao fundamento do valor social do trabalho previsto no art. 1º, IV, da Constituição Federal, para além da garantia a um direito social.

Não são todos os mandados de criminalização que podem ser inseridos entre as cláusulas pétreas, impedindo-se a deliberação sobre proposta de emenda constitucional tendente à sua abolição (art. 60, §4º, da CF), mas tão somente aqueles que contendem frontalmente com a dignidade da pessoa humana, de tal modo que a retirada da proteção penal implicaria a diminuição de garantias individuais fundamentais, o que se dá com relação à tortura, ao racismo, à discriminação atentatória dos direitos e deveres fundamentais e à exploração sexual de crianças e adolescentes<sup>482</sup>.

### **4.3 Mandados implícitos de criminalização**

A análise dos mandados expressos de criminalização leva a indagar sobre a razão pela qual o legislador constituinte originário não previu, também de modo explícito, a imposição de criminalizar as condutas atentatórias a determinados bens jurídicos, cuja magnitude certamente os torna mais valiosos dentro do quadro axiológico da Lei Maior. A

---

<sup>481</sup> DOLCINI, Emilio, MARINUCCI, Giorgio. *Costituizone e politica dei beni giuridici*, p. 353-354.

<sup>482</sup> Nesse sentido: GONÇALVES, Luiz Carlos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007, p. 210.

necessidade de proteção à vida, por exemplo, é indiscutível, não se pondo em causa que se cuida de um valor constitucional fundamental, bem jurídico de primacial importância, inexistindo dúvida acerca do atendimento dos critérios político-criminais da dignidade penal e da carência de tutela penal. Em outras palavras, a necessidade de tutela penal à vida seria tão evidente que o constituinte não precisava impor expressamente a criminalização de condutas que a afetassem.

Encontramo-nos diante de um dos temas mais delicados dentro da investigação acerca das imposições constitucionais de criminalização, e que envolve a possibilidade de se deduzirem da Lei Maior obrigações dirigidas ao legislador ordinário para a tutela penal de determinados bens jurídicos, os denominados mandados implícitos de criminalização.

Há dissenso na doutrina sobre a existência dos mandados implícitos de criminalização. Com efeito, invoca-se que se o legislador constituinte, em determinados casos, impôs a criminalização de forma expressa, nas outras hipóteses conferiu total liberdade ao legislador ordinário para decidir sobre o emprego do Direito Penal.

Nesse sentido o entendimento de Jorge de Figueiredo Dias, ao argumentar que, naturalmente, nos casos em que o legislador constitucional apontou expressamente a necessidade de intervenção penal para a tutela de determinados bens jurídicos, o legislador ordinário deve seguir essa injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por omissão. Porém, inexistindo a imposição expressa, sustenta não ser legítimo deduzir a exigência de criminalização da existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou dever fundamental, por entender que não deverá ser ultrapassado o inevitável juízo da necessidade de pena ou de carência de tutela penal, que será avaliado pelo legislador ordinário. Ressalva que, em casos extremos, “gritantes”, o legislador ordinário poderá ser jurídico-constitucionalmente sindicado, por ofensa ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, quando, por exemplo, sancionasse o homicídio doloso com sanções civis ou subvertesse por completo a ordem axiológica constitucional, “descriminalizando totalmente a lesão de valores pessoais e criminalizando de forma maciça a lesão dos valores patrimoniais”<sup>483</sup>.

---

<sup>483</sup> *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, p. 80.



Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci reputam não existirem obrigações constitucionais implícitas de criminalização dedutíveis do caráter de direitos fundamentais dos bens, o qual funciona como um indício de merecimento de tutela penal, pois, na linha de pensar dos autores, verificar que determinado bem merece ser protegido em razão de sua elevada condição constitucional não significa que esse bem necessite receber uma tutela penal<sup>484</sup>.

De outra banda, seria de todo ilógico que o legislador seja obrigado expressamente a punir a retenção dolosa de salário do trabalhador (no caso da Constituição Federal brasileira) ou o patrimônio artístico (exemplo da Constituição espanhola) e não lhe impusesse o dever de tutelar penalmente a vida<sup>485</sup>.

Cumpre, portanto, remontar às origens da teoria sobre os mandados implícitos de criminalização, seu aporte dogmático e a construção jurisprudencial que lhe deu respaldo. A existência de obrigações implícitas de criminalização foi reconhecida pela primeira vez em 25 de fevereiro de 1975, por decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Este declarou inconstitucional a disposição da Lei de Reforma do Código Penal tedesco, de 18 de junho de 1974, que estabelecia a possibilidade de interromper-se a gravidez nos três primeiros meses de gestação.

Trazendo a lume a relação entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade, a Corte Constitucional Alemã fundamentou sua decisão no artigo 1º (1), que consagra a dignidade humana, e no artigo 2º (2) da Lei Fundamental de Bonn de 1949, o qual declara que todos têm direito à vida e à inviolabilidade de sua pessoa, consistindo na afirmação do valor fundamental da vida humana. Conforme a leitura do *Bundensverfassungsgericht*, “não apenas direitos, *mas também valores constitucionais fundamentais podem converter-se em bens jurídicos a exigirem proteção por meio de normas penais*”<sup>486</sup>, salientando-se, ademais, a fundamentalidade do valor vida como base da dignidade e de outros direitos fundamentais, e, portanto, o dever constitucional de sua proteção pelo Estado.

Em 1985, claramente influenciado pela sentença tedesca de 1975, o Tribunal Constitucional Espanhol declarou inconstitucional um projeto de lei que descriminalizava o

---

<sup>484</sup> Costituzione e política dei beni giuridici, p. 362.

<sup>485</sup> Nesse sentido: FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*, p. 118.

<sup>486</sup> Idem, p. 96.

aborto em determinadas circunstâncias: em caso de estupro, malformação do feto e ameaça à saúde física ou mental da gestante<sup>487</sup>, as quais foram consideradas em desacordo com as exigências constitucionais derivadas do artigo 15 da Constituição daquele país. Assinalou a decisão que a proteção dispensada ao nascituro implica duas obrigações para o Estado, quais sejam, a de abster-se de interromper ou obstacularizar o processo natural de gestação e a de estabelecer um sistema legal para a defesa da vida que suponha sua proteção efetiva e, dado o seu caráter fundamental, que inclua também, como última garantia, as normas penais<sup>488</sup>.

As referidas decisões inauguraram as discussões dogmáticas sobre os limites da liberdade do legislador ordinário quando se cuida de um dever de proteção normativa que requer o recurso ao Direito Penal em face de direitos de primordial importância constitucional, como, por exemplo, nas sentenças mencionadas, a vida. Deveras, na concepção de um Estado Democrático e Social de Direito, os direitos fundamentais possuem dupla dimensão, exigindo uma atuação negativa estatal que consiste na proibição do excesso, repelindo sua invasão de forma desproporcional, mas também uma atuação positiva do Estado como um dever de proteção efetiva (imperativo de tutela), revelando-se a outra faceta da máxima da proporcionalidade, qual seja, a proibição de proteção deficiente.

É dizer: os direitos fundamentais possuem como imperativos de tutela, de um lado, o caráter de direitos subjetivos, de defesa do particular ante o Estado, vertente da sua concepção tradicional, e, de outro lado, uma dimensão objetiva que exige atuação ativa do Estado, obrigando-o à sua proteção. Contudo, para que se verifique a existência de mandados implícitos de criminalização em razão de um imperativo de tutela, torna-se necessário perquirir sobre os critérios seguros de seu reconhecimento, para que não fique sujeito meramente à subjetividade do intérprete.

Tais critérios evidentemente deverão estar associados à aferição da elevada dignidade penal do bem jurídico e a casos extremos de carência de tutela penal. Assim, não basta que o bem jurídico reflita um valor constitucional, pois a presença, por si só, desse requisito daria ensejo ao indicativo de legitimidade para a criminalização, a ser complementado pelo juízo de necessidade de pena. Há de se verificar se o bem jurídico reveste-se de inequívoca primazia na ordem axiológica constitucional. Mas não é só. A

---

<sup>487</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 91.

<sup>488</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*, p. 96.

conduta deverá consistir em um ataque repulsivo ao bem jurídico, cuja proteção suficiente e eficaz somente será alcançada por meio da sanção penal. Destarte, será levado em conta o maior ou menor grau de repulsividade da conduta. Em suma, as imposições implícitas de criminalização dizem respeito a um núcleo de bens jurídicos de primordial importância, intrinsecamente ligados à dignidade humana, e de condutas que os afetam com inequívoca danosidade social.

Nessa linha de raciocínio, vejamos alguns exemplos que não excluem o reconhecimento de outros mandados implícitos de criminalização, sempre tendo por norte um valor de maior importância dentro do quadro axiológico constitucional, mais diretamente relacionado à dignidade humana, em que se mostrem indiscutíveis a dignidade penal e a necessidade de pena<sup>489</sup>.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no seu artigo 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida, direito fundamental de inquestionável magnitude, cuidando-se de um bem jurídico que exige proteção normativa. Contudo, embora constitua o direito mais fundamental, sua proteção, reclamada de forma abrangente, não será efetivada em todo e qualquer caso por meio de normas penais. A tutela penal será obrigatória quando as condutas atentatórias à vida forem repulsivas, quanto ao grau de intensidade e ao móvel do ataque, em situações extremas, não se negando a imposição de criminalização, por exemplo, do homicídio e do genocídio, mas se justificando a existência de causas excludentes de ilicitude como a legítima defesa ou do estado de necessidade, sendo lícita a defesa proporcional ao ataque à própria vida.

Outrossim, haverá ainda um mandato implícito de criminalização no que tange à dignidade humana, valor fundante, “que abrange todos os outros e os ultrapassa”<sup>490</sup>, megaprincípio previsto no artigo 1º, inciso III, da nossa Lei Maior, relacionado de forma indissolúvel ao direito à vida e também ao valor liberdade, o qual também se reveste de primordial importância na ordem axiológica constitucional. Assim, *v.g.*, nos crimes de sequestro, de extorsão mediante sequestro e de redução a condição análoga à de escravo, há

---

<sup>489</sup> Dentre os quais podemos mencionar os crimes contra a dignidade sexual e a proteção penal à integridade física e moral diante de ataques graves, como, por exemplo, os tratamentos desumanos e degradantes (Cf. FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*, p. 147) e a criminalização da corrupção eleitoral ativa, cujo combate se mostra necessário à preservação de direitos e garantias fundamentais, encontrando supedâneo nos artigos 1º, incisos I, II, III e IV, e 3º da Lei Maior (PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, p. 166-167).

<sup>490</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 409.

situações extremas que impõem a proteção da liberdade por meio do Direito Penal, pois somente pela sanção penal será alcançada sua tutela idônea e efetiva.

Em todas essas situações, aquilatados de forma inarredável os juízos de dignidade penal e de necessidade de pena, o legislador não possui qualquer liberdade de configuração penal, sendo-lhe imposta a obrigação de criminalizar essas condutas ou, já existindo as figuras típicas, vedando-lhe a retirada ou mitigação da tutela penal, eis que haveria patente afronta ao princípio da proporcionalidade, na sua vertente da proibição de proteção deficiente:

“A proibição de proteção deficiente encerra, nesse contexto, uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal eventualmente retratado em uma omissão, total ou parcial, vulnera um direito fundamental (pensemos, *v.g.*, na hipótese da despenalização do homicídio). Relaciona-se, diretamente, pois, à função de imperativo de tutela que colore os direitos fundamentais, notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção. Sob essa perspectiva, opera como ferramenta teórica extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, justamente no ponto em que medidas dessa ordem promovam uma indevida retirada de proteção (normativa) que se faz inequivocamente necessária ao adequado desenvolvimento e desfrute do direito fundamental”<sup>491</sup>.

---

<sup>491</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*, p. 109.

## CAPÍTULO V

### A ordem econômica constitucional

#### 5.1 O Direito Econômico

A formação do Estado Moderno é fruto da valorização da Economia. A concepção de Estado Liberal de Direito, que dominou claramente entre o final do século XVIII e início do século XIX, enfraqueceu, paulatinamente, diante de uma crescente atuação estatal intervencionista, consolidada com o advento das Constituições que consagraram, nas primeiras décadas do século XX, a concepção do Estado Social de Direito.

Deveras, o liberalismo dispensava a presença do Estado, cuja intervenção na esfera privada ocorria somente de modo residual. No âmbito político, isso refletiu na adoção das liberdades individuais, que se traduziram na preocupação exacerbada com a proteção dos bens jurídicos pessoais, enquanto, no âmbito econômico, manifestou-se na garantia de liberdade dos indivíduos na atividade econômica, tutelando a propriedade privada e assegurando a autonomia da vontade nos contratos.

Porém, mesmo no Estado Liberal de Direito, havia uma intervenção mínima no campo econômico. Com efeito, conforme assinala Eros Roberto Grau, ao tempo do liberalismo, o Estado era, seguidas vezes, chamado a “intervir” na economia, mas sempre no interesse do capital, intervenção que se manifestava na instituição do monopólio estatal da emissão da moeda (poder emissor), pelo poder de polícia, pelas codificações e desenvolvendo vigorosa atividade econômica por meio dos serviços públicos<sup>492</sup>.

Esse modelo era inspirado na maior expressão do liberalismo econômico, Adam Smith, que concebia um mercado atomizado, com a presença de pequenas unidades produtoras de bens e serviços, e autorregulável, possuindo mecanismos que deveriam evitar crises econômicas e recusando-se a ideia de um poder econômico a ser exercido isoladamente,

---

<sup>492</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 19 e 23-24.

eis que a fatia de mercado detida por cada um dos seus agentes é desprezível comparativamente ao todo<sup>493</sup>.

No início do século XX, o modelo de mercado atomizado começou a ruir e deu lugar a unidades produtoras de maior tamanho, com redução de custos e elevação do volume de produção e de vendas, eliminando as empresas menores e economicamente mais fracas. A estrutura atomizada da economia é substituída pelos oligopólios e monopólios, surgindo, então, o poder econômico privado.

A manifestação do poder econômico privado contrariava o modelo liberal clássico de mercado, cujos alicerces eram os princípios da igualdade formal e da liberdade de contratar, impedindo a autorregulação e abrindo a possibilidade de manipulação de preços e do volume da produção pelos agentes privados, visando a provocar a escassez de um bem ou serviço e, assim, aumentar os lucros em prejuízo do bem-estar da coletividade.

O surgimento dos monopólios (o que acarretou a concentração do capital, a supressão da concorrência e a incapacidade de autorregulação dos mercados), as aspirações de cunho social (notadamente decorrentes do crescente conflito entre capital e trabalho), e as crises econômicas conduziram ao fim do primado do Estado Liberal, com a adoção de políticas intervencionistas no campo econômico e social. O Estado passa a não atuar exclusivamente como produtor do direito e provedor da segurança, mas também como agente de implementação de políticas públicas<sup>494</sup>. A intervenção estatal no domínio econômico, sob os auspícios da concepção de Estado Social de Direito, leva em mira o interesse da coletividade, preservando-se o sistema capitalista.

A autorregulação dos mercados (princípio do mercado), calcada nas concepções liberais de proteção à propriedade, à livre concorrência e à liberdade contratual, é substituída pela heterorregulação, ou seja, a intervenção do Estado no domínio econômico (princípio do plano), que revela a supremacia do poder político sobre o poder econômico, com a imposição de limites objetivos ao livre funcionamento do mercado, tutelando-se direitos com este conflitantes, como, por exemplo, os direitos dos trabalhadores e consumidores.

O sistema econômico capitalista passa a ter por esboço a função social da propriedade e a intervenção estatal orientada para o atendimento de necessidades econômicas

---

<sup>493</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e o direito antitruste*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 23-24.

<sup>494</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica e a Constituição de 1988*, p. 17 e 43.

básicas da coletividade (trabalho, alimentação, saúde). Procura tutelar valores éticos, sociais e políticos, sem reduzir-se à correção de falhas de mercado, buscando efetivar a justiça social, por meio do controle e da conformação da ordem econômica<sup>495</sup>.

O Direito Econômico, ramo autônomo do Direito que serve de sustentáculo para compreender o crime econômico e o Direito Penal Econômico, surge com o intervencionismo estatal na economia, com a transformação da concepção liberal de autorregulação, fundada somente na proteção à liberdade negocial, para a regulação pública da organização, planificação e direção da atividade econômica. Originou-se na Alemanha, durante a República de Weimar, que adotou o modelo de um Estado Social de Direito. Na França, recebeu a denominação de “*Droit des Affaires*” (Direito dos Negócios). Sob a pena de autores tedescos, vieram a lume os primeiros trabalhos científicos que visavam a definir o Direito Econômico, destacando-se a contribuição de J. W Hedemann, pioneiro no emprego da expressão, ao conceituá-lo como o conjunto de normas jurídicas de que lança mão o Estado na intervenção sobre a ordem econômica<sup>496</sup>.

Na doutrina brasileira, Fábio Konder Comparato conceitua o Direito Econômico como “o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua *política econômica*”<sup>497</sup>. Segundo Eros Roberto Grau, o que lhe é peculiar como ramo do Direito é “a sua destinação à instrumentalização, mediante ordenação jurídica, da política econômica do Estado”<sup>498</sup>.

Igualmente sustentando a autonomia do Direito Econômico<sup>499</sup>, Washington Peluso Albino de Souza formula um conceito mais abrangente:

“o ramo do Direito que tem por objeto a juridicização, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica”<sup>500</sup>.

<sup>495</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e o direito antitruste*, p. 32-34.

<sup>496</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>497</sup> O indispensável direito econômico, p. 465, *apud* GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica e a Constituição de 1988*, p. 153.

<sup>498</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>499</sup> A autonomia do Direito Econômico está consagrada em nossa Constituição: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico”.

<sup>500</sup> Primeiras linhas de direito econômico, p. 27, *apud* BALDAN, Edson Luís, *Fundamentos do direito penal econômico*, p. 36.

O objeto do Direito Econômico é o conjunto de princípios e valores que integram a ordem jurídica econômica e conformam a intervenção estatal na atividade econômica em suas diversas formas, instrumentalizando a implementação de políticas públicas, econômicas e sociais. O fundamento teórico do Direito Econômico será encontrado, destarte, no conceito de ordem pública econômica, bem jurídico genérico que lhe cabe preservar e proteger.

Cumpre-nos verificar quais as formas de intervenção estatal na atividade econômica. Para tanto, é necessário primeiramente superar uma questão terminológica. Com efeito, para uma parcela da doutrina, a intervenção do Estado sobre a economia, em sentido lato, abrangeria os instrumentos estatais de controle e indução dos agentes econômicos privados e a própria atuação direta do Estado na atividade econômica, como agente produtor de bens e serviços. Em sentido estrito, a intervenção refere-se somente aos mecanismos de atuação estatal sobre os agentes econômicos privados<sup>501</sup>.

Por seu turno, Eros Roberto Grau distingue intervenção e atuação estatal: o vocábulo intervenção, no seu entender, expressa uma conotação mais vigorosa consistente na atuação em área de outrem, o que significa dizer que o Estado não a pratica quando presta o serviço público ou regula a prestação do serviço público, mas sim quando atua em área de titularidade do setor privado. Em outras palavras, a expressão ‘atuação estatal’ possui significado mais amplo, abarcando a ação do Estado tanto em área de titularidade própria quanto de titularidade do setor privado, enquanto ‘intervenção’ conota a atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito<sup>502</sup>.

Adota, então, o renomado autor, a subdivisão da atividade econômica em serviços públicos e atividade econômica em sentido estrito, e somente com relação a esta última pode-se dizer que ocorre intervenção estatal no domínio econômico, a qual classifica em três modalidades: intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução.

Na intervenção por absorção ou participação, o Estado intervém *no* domínio econômico, ao assumir integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, atuando no regime de monopólio (absorção), ou ao assumir o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca

---

<sup>501</sup> Cf. GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e o direito antitruste*, p. 43-44, citando, por todos, LAUBADÉRE, André de. *Direito público econômico*, p. 30.

<sup>502</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 91-92.



em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, atuando em regime de competição com as empresas privadas (participação).

Nas modalidades de intervenção por direção ou indução, o Estado intervém *sobre* o domínio econômico, desenvolvendo ação como regulador da atividade econômica em sentido estrito. Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, ao estabelecer mecanismos e normas de comportamento compulsório aos agentes econômicos, e quando o faz por indução, manipula os instrumentos de intervenção (incentivos, estímulos) em consonância e na conformidade das leis que regem os mercados<sup>503</sup>.

Interessam-nos, mais particularmente, as normas jurídicas que integram a intervenção estatal *sobre* o domínio econômico na modalidade de atuação por direção, conceituadas como normas de controle, as quais, por um lado, visam a proteger o direito de propriedade, a livre iniciativa e a livre concorrência, e por outro, adequar o exercício de tais liberdades aos valores sociopolíticos e princípios que conformam a ordem econômica, quais sejam, dignidade da pessoa humana, justiça social, valorização do trabalho humano, soberania nacional, proteção do consumidor e da empresa de pequeno porte, redução das desigualdades regionais e sociais, defesa do meio ambiente e busca do pleno emprego<sup>504</sup>.

São justamente essas normas de controle que impõem sanções de natureza administrativa ou *penal* às condutas praticadas por particulares, no âmbito do domínio econômico, que afetem o interesse público consubstanciado nos princípios e valores mencionados que conformam a ordem econômica.

Necessário, pois, analisar mais amiúde a ordem econômica na Constituição de 1988, visando a aquilatar o arcabouço legitimador da criminalização das condutas que atentem contra os princípios e os valores que a conformam, isto é, cumpre delimitar o bem jurídico digno de tutela penal na denominada criminalidade econômica e os contornos do Direito Penal Econômico.

---

<sup>503</sup> A ordem econômica na Constituição de 1988, p. 147

<sup>504</sup> Cf. GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e o direito antitruste*, p. 46.

## 5.2 A ordem econômica nas Constituições brasileiras

Na Constituição Federal de 1988, a ordem econômica e financeira encontra-se disciplinada no Título VII, dividido em quatro capítulos, quais sejam, “Princípios Gerais da Atividade Econômica” (Capítulo I, artigos 170 a 181), “Da Política Urbana” (Capítulo II, artigos 182 e 183), “Da Política Agrícola e Fundiária” (Capítulo III, artigos 184 a 191) e “Do Sistema Financeiro Nacional” (Capítulo IV, artigo 192).

Conforme argutamente assinala José Afonso da Silva, a ordem econômica adquiriu dimensão jurídica quando passou a ser disciplinada sistematicamente nas cartas constitucionais, o que se iniciou com a Constituição Mexicana de 1917<sup>505</sup>, uma das primeiras a consagrar a concepção social de Estado.

No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 não foram omissas no tocante à vida econômica, mas a disciplinaram tendo em vista a exclusiva proteção da propriedade privada e da livre iniciativa, sem que houvesse qualquer fim político-social que as conformasse, sendo denominadas clássicas ou liberais, por acolherem os princípios do liberalismo no plano político e no domínio econômico. Frise-se que a Constituição de 1824, em seu artigo 179, garantia a propriedade “em toda a sua plenitude”, bem como a liberdade de indústria ou comércio. A Lei Maior de 1891, no artigo 72, manteve a plenitude do direito de propriedade, assegurando o “livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”.

A Constituição de 1934 foi a pioneira a dispor sobre a ordem econômica em 29 artigos e 16 parágrafos no seu Título IV, o qual englobava também a ordem social, sob clara influência da Constituição da República de Weimar de 1919<sup>506</sup>, que adotou o modelo de Estado Social de Direito. Nos termos do artigo 115, a organização da ordem econômica deveria ser estabelecida conforme os princípios da justiça e das necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos existência digna, limites dentro dos quais era garantida a liberdade econômica<sup>507</sup>. Cuidou-se de uma constituição-programa, denominação conferida às

<sup>505</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, 22ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 762.

<sup>506</sup> Nos termos do artigo 151 da Constituição de Weimar, “A ordenação da vida econômica deve obedecer aos princípios da justiça, com o fim de assegurar a todos uma existência conforme a dignidade humana. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica dos indivíduos” (*apud* COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 194).

<sup>507</sup> “Art. 115. A ordem economica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade economica.

Paragrapho único: os poderes publicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas varias regiões do paiz.”

Cartas Políticas que reconhecem e tutelam os elementos fundantes do sistema econômico, a propriedade privada e a livre iniciativa, conformando-nos a certos fins e metas de ordem político-social<sup>508</sup>.

Portanto, a ordem econômica, fundamentada nos valores da dignidade da pessoa humana e da justiça, norteava a intervenção estatal no domínio econômico com vistas ao bem-estar social. Cabe destacar que a Constituição de 1934, a par de prever, pela primeira vez de modo expreso, a liberdade de iniciativa econômica, estabelecia a possibilidade de a União monopolizar determinada atividade econômica ou de indústria por motivo de interesse público, bem como a proibição da usura, que deveria ser punida na forma da lei<sup>509</sup>.

Verifica-se nitidamente, do ângulo da regulação da economia, o abandono do dogma do *laissez faire*, pedra de toque da concepção liberal do Estado de Direito, que preconizava a atividade estatal como mero garantidor da liberdade, segurança e propriedade dos seus cidadãos. Assegurava, assim, o livre jogo dos interesses econômicos, em favor de um intervencionismo estatal no processo econômico, que permita transformar a ordem econômico-social para a realização material do princípio da igualdade<sup>510</sup>, isto é, sua concretização, com respeito ao modo de produção capitalista, mas com o fim de possibilitar a existência digna, o que caracteriza a concepção de um Estado Social de Direito, mantendo-se um núcleo liberal, mas agora dotado de um núcleo social, promovedor de direitos econômicos e sociais.

Na Constituição de 1937, a ordem econômica foi disciplinada em 21 artigos e quatro parágrafos, sendo digno de nota seu artigo 135, que tratava da liberdade de iniciativa, extirpando-se as expressões ‘justiça’ e ‘existência digna’, prevendo a intervenção estatal no domínio econômico “para suprir as deficiências da iniciativa individual”, a qual, segundo a norma constitucional, alicerçava a riqueza e a prosperidade nacional, exercida “nos limites do bem público”, para coordenar os fatores de produção, de modo que se evitassem ou fossem resolvidos os seus conflitos, e ainda para “introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado”.

De uma concepção social de Estado involuiu-se para um modelo totalitário que privilegiava, em grau máximo, a proteção da iniciativa privada na vida econômica, não

---

<sup>508</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e o direito antitruste*, p. 49.

<sup>509</sup> Artigo 116 e artigo 117, parágrafo único, da Constituição de 1934.

<sup>510</sup> BALDAN, Edson Luís. *Fundamentos do direito penal econômico*. Curitiba, Juruá Editora, 2008, p. 87 e 89.

interessando ao Estado conformá-la segundo a dignidade humana e a busca da concretização da igualdade material, mas tão somente corrigir as falhas do mercado, intervindo no domínio econômico para garantir a continuidade do processo de acumulação capitalista.

A Constituição de 1946, no Título V, em dezoito artigos e onze parágrafos, tratou da ordem econômica e social. No artigo 145 foi cunhada a expressão *justiça social*, cujos princípios organizavam a ordem econômica, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, o qual, pela primeira vez, passou a contar com referência expressa no texto constitucional, sendo considerado o trabalho obrigação social, a todos assegurado e por meio do qual se possibilitava a existência digna<sup>511</sup>. Procurou, assim, um equilíbrio nas tensões entre o sistema capitalista e as relações de trabalho. A intervenção estatal no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade tinha por base o interesse público e era limitada pelos direitos fundamentais assegurados naquela carta constitucional (artigo 146), a qual ainda condicionou o exercício do direito de propriedade ao bem-estar-social (artigo 147), e dispôs sobre a repressão ao abuso do poder econômico (art. 148).

Na Constituição de 24 de janeiro de 1967, no Título III, a ordem econômica e social foi disciplinada em dez artigos e 26 parágrafos, inovando-se no seu tratamento, passando-se a enumerar, no artigo 157, os princípios em que se lastreava, quais sejam: liberdade de iniciativa; valorização do trabalho como condição da dignidade humana; função social da propriedade; harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; desenvolvimento econômico; e repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros. O fim a atingir, segundo a referida norma constitucional, era a realização da *justiça social*, ao qual foi acrescentado o desenvolvimento nacional, por força da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, no seu artigo 160. Tais textos constitucionais fixaram, pioneiramente, os princípios gerais de condução da atividade econômica, a par de orientá-la conforme valores teleológicos.

A atual Lei Maior dispensou tratamento mais extenso sobre a ordem econômica, ao reservar-lhe um título exclusivo, com quatro capítulos e 22 artigos, dispondo sobre a ordem social, com maior desenvolvimento, em outro título. Pode-se verificar uma nítida

---

<sup>511</sup> “Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único: A todos é assegurado o trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.”

congruência entre os princípios fundamentais, quais sejam, seus fundamentos e objetivos, da República Federativa do Brasil, instituída sob a concepção de um Estado Democrático de Direito, e os fundamentos, fins e princípios da ordem econômica e financeira, tal como delineada na Constituição de 1988<sup>512</sup>.

Com efeito, a República Federativa do Brasil tem por fundamentos (art. 1º): a *soberania* (inciso I), a *cidadania* (inciso II), a *dignidade da pessoa humana* (inciso III), os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (inciso IV) e o pluralismo político (inciso V); e como objetivos fundamentais (art. 3º): *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (inciso I), *garantir o desenvolvimento nacional* (inciso II), *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (inciso III), e *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Nos termos do artigo 170 da Carta Política brasileira, a ordem econômica possui como fundamentos a *valorização do trabalho humano* e a *livre iniciativa*, tendo por fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os *ditames da justiça social*, observados os princípios da *soberania nacional* (inciso I), *propriedade privada* (inciso II), *função social da propriedade* (inciso III), *livre concorrência* (inciso IV), *defesa do consumidor* (inciso V), *defesa do meio ambiente* (inciso VI), *redução das desigualdades regionais e sociais* (inciso VII), *busca do pleno emprego* (inciso VIII) e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras, que tenham sua sede e administração no país (inciso IX). Destaque-se ainda o artigo 192, ao prever o sistema financeiro nacional estruturado de forma a proporcionar o *desenvolvimento equilibrado do país* e a servir os *interesses da coletividade*.

Vê-se, portanto, claramente que os fundamentos, objetivos e princípios que conformam a ordem econômica são dotados de forte densidade axiológica, coadunando-se com os princípios e objetivos do Estado Democrático e Social de Direito brasileiro, norteado pelo seu valor fundante, o megaprincípio da dignidade da pessoa humana. Somente desse ângulo já se antevê que a ordem econômica constitui um valor, bem ou interesse a ser protegido juridicamente.

---

<sup>512</sup> A congruência de fins de cunho normativo-principiológico é observada por SCHMIDT, Andrei Zekner, e FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5.

### 5.3 O conceito de ordem econômica

Para que se possa aferir a dignidade penal da “ordem econômica” como bem jurídico, torna-se necessária sua maior delimitação, mesmo porque, consoante se apresenta o seu tratamento constitucional, cuidar-se-ia de um bem complexo, uma vez que engloba uma série de realidades valoradas positivamente, com diversos graus de importância<sup>513</sup>. Para tal desiderato, visando a interpretar as normas constitucionais a partir das quais se encontraria o fundamento da tutela penal, necessária a distinção entre sistema econômico, regime econômico, constituição econômica, e ordem econômica.

O sistema econômico é definido como o conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais, em conformidade com as quais se realiza o modo de produção (propriedade privada, propriedade estatal ou propriedade coletiva dos bens de produção) e a forma de repartição do produto econômico (rendimentos da propriedade, rendimentos do trabalho ou de ambos) em determinada sociedade. A natureza das relações sociais de produção, qual seja, a posição relativa dos homens em face dos meios de produção é que irá distinguir, em última instância, os sistemas econômicos<sup>514</sup>. Portanto, capitalista ou socialista é o sistema econômico.

A ordem econômica da Constituição de 1988 fez uma opção pelo sistema capitalista, apoiando-se inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (fundamento na livre iniciativa e tendo por princípio a propriedade privada), sistema econômico que não se desnatura com a eventual intervenção estatal na Economia, inclusive pela exploração direta, em determinadas circunstâncias, da atividade econômica, ou monopólio de alguma área econômica.

Por sua vez, regime econômico corresponde à organização econômica de um país, que se caracteriza como um conjunto mais ou menos coerente de estruturas, constituindo-se como aplicação concreta do sistema, como, por exemplo, o capitalismo industrial, financeiro, liberal, dirigista e neoliberal<sup>515</sup>. Em suma, regime é a forma pela qual o poder político e o

---

<sup>513</sup> Nesse sentido, referindo-se ao ambiente e à economia, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, p. 324-325.

<sup>514</sup> AVELÃS NUNES, A. J. Os sistemas econômicos. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, 1973, p. 24, *apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 80.

<sup>515</sup> GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e o direito antitruste*, p. 70.

poder econômico, no âmbito de cada sistema, se articulam com a realidade econômica, revelando-se notadamente por meio dos princípios que regulam a intervenção estatal na Economia. A configuração peculiar assumida pela ordem econômica, entendida no mundo do ser (realidade econômica), afetada por determinado regime econômico, é denominada modelo econômico. Na Constituição Federal de 1988, a ordem jurídica econômica (mundo do dever ser) postula o modelo de promoção do bem-estar, consagrando a concepção de um Estado Democrático e *Social* de Direito<sup>516</sup>.

Por sua vez, a expressão Constituição econômica há décadas encerra polêmica na doutrina, não apenas centrada na questão da verificação de sua existência da mesma forma que haveria uma Constituição política, uma Constituição social e uma Constituição cultural, mas também com relação às duas acepções que ela comporta, a formal e a material. Avulta a importância do conceito de Constituição econômica, porque dele bastante se aproxima o conceito de ordem econômica.

Primeiramente, constata-se que as Constituições programáticas ou dirigentes (compromissórias), além de um estatuto propriamente político (consagração dos direitos civis e políticos, direitos de primeira dimensão), contêm princípios fundamentais complementares, referentes ao ordenamento da sociedade: os princípios e normas sobre a ordenação social, os fundamentos das relações entre pessoas e grupos e as formas de participação comunitária, que integram a acepção de Constituição social. A ela se juntam ainda os princípios e as normas relativos às atividades culturais de pessoas, grupos e coletividades políticas, que correspondem à denominada Constituição cultural, e os princípios e normas reguladores da organização e disciplina social da atividade econômica, que correspondem à expressão Constituição econômica<sup>517</sup>.

Portanto, não há uma Constituição econômica autônoma, ao lado da Constituição política, da Constituição social e da Constituição cultural, mas sim uma correlação estreita entre todas, de tal modo que a parte econômica da Lei Maior não é um compartimento isolado de outros princípios e normas constitucionais.

A Constituição econômica existe efetivamente como um conjunto de princípios e normas jurídicas essenciais que dizem respeito à regulação da economia, à organização e ao

---

<sup>516</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 307-309.

<sup>517</sup> MARTINS, Guilherme d'Oliveira. *Lições sobre a Constituição econômica portuguesa*, apud BASTOS, Celso, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 7, 2ª. ed. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 5, nota 3.

funcionamento da atividade econômica da sociedade, consagrando um sistema econômico e instituindo determinada ordem econômica.

Conforme assinala Eros Roberto Grau, a expressão Constituição econômica foi empregada pioneiramente no século XVIII, para significar o conjunto de princípios reguladores da sociedade econômica, diversamente do seu atual emprego para designar as normas constitucionais que instrumentalizam e conformam determinada ordem econômica, cujo advento se dá com o surgimento das Constituições diretivas<sup>518</sup>, o que permite ao autor relacionar os tipos de Constituição e o conceito de Constituição econômica.

Assim, dentre as diversas classificações existentes, consoante o critério escolhido, interessa-nos aqui, particularmente, a distinção entre as Constituições estatutárias ou orgânicas e as Constituições diretivas ou programáticas.

Para Eros Roberto Grau, as Constituições estatutárias definem um estatuto do poder, concebendo-se como mero instrumento de governo, enunciadoras e reguladoras de processos, sem deixar de conter normas que integram a chamada Constituição econômica, ainda que o façam de modo tão-somente a receber a ordem econômica praticada no mundo real, enquanto as Constituições programáticas não se bastam em conceber-se como mero instrumento de governo, mas enunciam diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. A Constituição econômica que nelas se encerra enuncia os fins da política econômica e postula, na sua conformação, a implantação de uma nova ordem econômica<sup>519</sup>.

Destarte, enquanto a Constituição econômica estatutária recebe o regime econômico existente e está relacionada à concepção de Estado Liberal de Direito, preocupando-se exclusivamente com o direito de propriedade e a livre iniciativa e tratando implicitamente da ordem econômica acolhida, a Constituição econômica diretiva dá azo a um novo regime econômico, com o emprego de normas programáticas, características do modelo de Estado Social, que conformam a ordem jurídica econômica. A passagem de uma Constituição estatutária para uma Constituição diretiva marca a substituição de uma ordem econômica liberal para uma ordem econômica intervencionista.

---

<sup>518</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 77.

<sup>519</sup> *Idem*, p. 75-76.



Quanto ao seu conteúdo, o conceito de Constituição econômica abrange uma acepção formal e outra de índole material. A Constituição econômica formal é composta dos princípios e normas jurídicas que integram o texto constitucional, compondo a parte da Constituição que rege e interpreta o sistema econômico e contém a ordenação essencial da atividade econômica. Trata-se da ordem econômica constitucional. Segundo o escólio de José Afonso da Silva, embora a doutrina não tenha firmado orientação segura sobre o conceito de Constituição econômica, seu valor deve ser reconhecido, desde que não se admita que a constituição formal (superestrutura) constitua a realidade material (infraestrutura que se revela na constituição material), o que lhe permite afirmar que:

“a constituição econômica formal brasileira consubstancia-se na parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e os limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica”<sup>520</sup>.

Gomes Canotilho e Vital Moreira assim definem a Constituição econômica, evidentemente em sua acepção formal:

“Trata-se do conjunto de normas e de princípios constitucionais que caracterizam basicamente a organização econômica, definem os direitos fundamentais de natureza econômica, determinam os princípios e regras de seu funcionamento, delimitam a esfera de acção dos diferentes sujeitos económicos designadamente o papel do Estado, prescrevem os grandes objetivos da política económica, enfim, constituem as bases fundamentais da ordem jurídico-política da economia”<sup>521</sup>.

De outra banda, a Constituição econômica material abarca todas as normas jurídicas que regulam a vida econômica, constitucionais ou infraconstitucionais, conformando o sistema econômico escolhido, preenchendo a moldura da ordem jurídica econômica. Na sempre recorrente lição de Vital Moreira, a Constituição econômica, em sua acepção material, é definida como:

“o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma dada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta”<sup>522</sup>.

<sup>520</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, 22ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 766-767.

<sup>521</sup> *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol 1, 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 4ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 940-941.

<sup>522</sup> Economia e Constituição. *Boletim de Ciências Econômicas*. v. XVII. Faculdade de Direito, Coimbra 1974, p. 35, apud GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 70.

Passemos, pois, ao conceito de ordem econômica, não sem antes atentar, consoante já mencionado quando se cuidou do modelo econômico, para suas dimensões, quais sejam, a ordem econômica como realidade (mundo do ser) e a ordem jurídica da economia (mundo do dever ser). Em outras palavras, a ordem econômica pode designar a economia do modo como ela se apresenta no mundo dos fatos ou o sistema de normas que a regula, que a ordena, com o fim de conformá-la, visando a transformar a ordem econômica existente (realidade das situações econômicas) em uma nova ordem econômica. Não visa, porém, à ruptura daquela, mas sim a seu aprimoramento, tanto que o sistema econômico é preservado, como se verifica na Constituição de 1988 com relação ao capitalismo, condicionando, contudo, a atividade econômica a determinados objetivos.

Eros Roberto Grau, com esteio nas anotações de Vital Moreira sobre a polissemia da expressão ordem econômica, aponta o seu emprego com diversas conotações:

“-em um primeiro sentido, ‘ordem econômica’ é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um *conceito de fato* e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que a caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;  
-em um segundo sentido, ‘ordem econômica’ é expressão que designa o conjunto de todas as *normas* (ou regras de conduta), qualquer que seja sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sentido normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;  
-em um terceiro sentido, ‘ordem econômica’ significa ordem *jurídica* da economia”<sup>523</sup>.

Necessário, pois, que se procure esclarecer essas distinções para o correto emprego da expressão. A ordem econômica no mundo do dever ser é uma parcela da ordem jurídica, a qual também compreende uma ordem pública, uma ordem privada e uma ordem social. A ordem pública refere-se ao conjunto de normas cogentes que limitam a liberdade dos particulares, tendo nítido caráter restritivo, proibitivo ou negativo.

Conforme argutamente observa Edson Luís Baldan, a ordem pública representa a ordenação das instituições, a organização das regras indispensáveis ao exercício e funcionamento do Estado, assegurando a regulação dos conflitos de vontades ou interesses, o que contribui para a subsistência de sua forma política. Em uma acepção estrita, é fracionada

<sup>523</sup> A ordem econômica na Constituição de 1988, p. 64, citando MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo, Centelha, Coimbra, 1973, p. 67-71.

em tantos ramos quantas disciplinas jurídicas existirem, e daí se falar em, *v.g.*, manutenção da ordem e ordem pública econômica<sup>524</sup>.

A ordem pública econômica difere da ordem privada na medida em que se consubstancia no conjunto de medidas empreendidas pelo Poder Público que visam a organizar a vida econômica. Consistem tais medidas em normas de intervenção por direção, as quais, por sua vez, instrumentalizam políticas públicas na busca de determinados fins na atividade econômica. Seu conteúdo não é exclusivamente negativo, tal como se configura a ordem pública em sua acepção ampla, mas também positivo, pois seu desiderato é a transformação, o aprimoramento da ordem econômica no mundo do ser.

Compreende-se, então, a lição de Eros Roberto Grau ao descrever a ordem econômica como parcela da ordem jurídica que encerra “o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)”<sup>525</sup>. Mais especificamente sobre o artigo 170 da Constituição Federal, o autor alerta que a leitura do dispositivo revela que a expressão ordem econômica é empregada para indicar o modo de ser da economia brasileira, isto é, o conjunto das relações econômicas como fato (em uma só expressão, atividade econômica). Prossegue a norma-objetivo em tela a dispor sobre a ordem econômica como parcela da ordem jurídica (mundo do dever ser), permitindo que seus dizeres possam ser completados nos seguintes termos:

“a ordem econômica deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, observados determinados princípios (atendidas as normas que se seguem, que compõem a ordem econômica)”<sup>526</sup>.

A expressão também é empregada no sentido de ordem do dever ser no artigo 173, §5º, da Constituição Federal, ao dispor que a lei estabelecerá a responsabilidade da pessoa jurídica, por meio de sanções compatíveis com sua natureza e sem prejuízo da responsabilidade individual dos seus dirigentes nos atos praticados contra a ordem econômica (ordem jurídica que aqui se trata) e contra a economia popular.

---

<sup>524</sup> *Fundamentos do direito penal econômico*, p. 82-83.

<sup>525</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 70.

<sup>526</sup> *Idem*, p. 66-67.

#### 5.4 A Constituição econômica formal brasileira

Verifica-se, claramente, a análoga significação de ordem jurídica econômica e Constituição econômica, no seu sentido formal, pois nela encontramos os fundamentos, o fim e os princípios, liberais e intervencionistas, que definem a ordem econômica tal como instituída pela Carta Política de 1988 e permitem identificar os valores que a qualificam como um bem jurídico digno de tutela penal. Ressalte-se ainda que a institucionalização da ordem econômica não se dá somente por princípios e normas que se encontram englobados no Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, mas também por inúmeras disposições da Lei Maior, como, por exemplo, os artigos 1º, 3º, 7º, 8º e 9º, e de vários dispositivos do Título VIII, “Da Ordem Social”.

Afastam-se do escopo de nossa investigação, dadas suas especificidades, os Capítulos II e III do Título VII, que cuidam, respectivamente, da Política Urbana e da Política Agrícola e Fundiária, eis que as normas dos artigos 182 e 183 dirigem-se à consecução de uma política de desenvolvimento urbano com vistas às funções sociais das cidades, mais atinentes às atividades do poder de polícia administrativa. As normas dos artigos 184 a 191, por sua vez, instituem um regime jurídico especial sobre a propriedade rural, especificando sua função social, estabelecendo regras sobre a política agrícola e a reforma agrária, com a finalidade de promover a distribuição da terra, e possibilitando ampla intervenção do Poder Público, por meio dos instrumentos de política governamental que elenca, nas relações de propriedade e de trabalho rural.

Assumem relevância ímpar o conteúdo e o significado do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que abre o Capítulo I do Título VII tratando dos princípios gerais da atividade econômica, relacionados tanto à ordem econômica em sentido estrito, entendida como regulação jurídica da intervenção estatal na vida econômica, quanto ao sentido amplo da expressão, mais abrangente, referindo-se à regulação jurídica da produção, distribuição, circulação e consumo de bens e serviços.

Conforme assinala Luiz Regis Prado, essa dicotomia conceitual repercute no campo do bem jurídico protegido, eis que, na acepção ampla, a ordem econômica, bem jurídico-penal supraindividual, não é diretamente tutelada, mas considerada genericamente como um bem jurídico categorial, não excluindo, por si só, a proteção de interesses individuais; em sua acepção estrita, por sua vez, a ordem econômica será o bem jurídico

diretamente protegido (ou em sentido técnico), ainda que manifestado em determinado interesse da Administração<sup>527</sup>.

#### 5.4.1 Os fundamentos e o fim da ordem econômica

Declara o artigo 170, *caput*, de nossa Lei Maior, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Consagra a Constituição uma economia de mercado, pois a iniciativa privada é um princípio basilar do sistema econômico capitalista. Contudo, conforme assevera José Afonso da Silva, a declaração de princípio da Carta Política significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado, orientando a intervenção do Estado na economia<sup>528</sup>.

Com efeito, o valor social do trabalho é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), e a valorização do trabalho humano fundamenta a ordem econômica. No dizer de Eros Roberto Grau<sup>529</sup>, ambos constituem princípios políticos constitucionalmente conformadores, definidos por José Joaquim Gomes Canotilho como “princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”, refletindo a ideologia inspiradora da Constituição<sup>530</sup>. Outrossim, nos termos do artigo 193 da Constituição Federal, a ordem social tem por base o primado do trabalho, além dos direitos dos trabalhadores insculpidos no artigo 7º, a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º) e a garantia do direito de greve (art. 9º).

O trabalho é evidentemente um fator de produção, que deve ser objeto da política econômica e sua valorização está relacionada, de modo intrínseco, à realização da justiça social. Mas não é só. Conforme argutamente observa Lafayette Josué Petter, o trabalho diz respeito mesmo à dignidade da pessoa humana, de tal modo que valorizá-lo é valorizar a pessoa humana<sup>531</sup>, vedando-se a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão em razão do sexo, idade, cor ou estado civil. Proíbe-se a discriminação no tocante a

---

<sup>527</sup> *Direito penal econômico*. 2ª ed. São Paulo, RT, 2007, p. 37-38. A dicotomia será adiante retomada quando da distinção entre o direito penal econômico em sentido estrito e o direito penal econômico em sentido amplo.

<sup>528</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p. 764.

<sup>529</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 199.

<sup>530</sup> *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1.039-1.040.

<sup>531</sup> *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 168.

salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência e a distinção entre o trabalho manual, técnico e intelectual (art. 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII). No sentido material da expressão, valorizar o trabalho humano significa uma contrapartida monetária que o faça materialmente digno, pois, segundo assevera Celso Ribeiro Bastos: “O prestado mediante pagamentos vis tangencia a servidão e não é compatível com o estágio socioeconômico dos nossos dias”<sup>532</sup>.

O valor social da livre iniciativa é enunciado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), e dita o texto constitucional que a ordem econômica deve estar fundada na livre iniciativa (art. 170, *caput*), dispondo ainda que “é assegurado a todos o exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei” (art. 170, parágrafo único). Cuida-se aqui também de princípios políticos constitucionalmente conformadores.

O sentido empregado para a expressão ‘livre iniciativa’ é um pouco diverso, conforme seu *locus* constitucional. Assim, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil como entidade política constitucionalmente organizada em Estado Democrático de Direito, toma-se a expressão em sentido amplo, não se esgotando na iniciativa econômica, mas sim como desdobramento da liberdade em geral, da qual são espécies: a liberdade individual, política, intelectual, artística, científica e de comunicação, de associação, de manifestação do pensamento, de consciência e de crença, de ensino, e a liberdade social e econômica, concretizadas na Lei Maior.

Demais disso, enunciada como valor social, a livre iniciativa perpassa um alcance puramente individualista. Deveras, a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica é uma manifestação dos direitos fundamentais como atributo da dignidade da pessoa humana em sua dimensão intersubjetiva ou comunitária, como afirmação e realização do indivíduo em suas relações com os demais seres humanos, reconhecendo-se valores socialmente consagrados. No dizer de Celso Ribeiro Bastos, à luz do art. 170 da CF:

“De fato, o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal, vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica, equivalendo ao direito que todos têm de lançarem-se ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a gestão econômica implica a de gestão e a de empresa”<sup>533</sup>.

<sup>532</sup> *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 7, 2ª. ed. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 17.

<sup>533</sup> *Idem*, p. 18.

De outra banda, consoante obtempera Eros Roberto Grau, o princípio da livre iniciativa econômica não se resumiria tão somente à afirmação do capitalismo e não se identificaria apenas com a liberdade de empresa, mas abrangeria todas as formas de produção, individuais e coletivas, que englobam a iniciativa privada, a iniciativa cooperativa, a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública<sup>534</sup>.

A liberdade econômica é, portanto, uma das faces da livre iniciativa, que tem por titular a empresa, e consiste na liberdade de comércio e indústria, abarcando a liberdade de criação de empresa e de escolha e exploração de determinada atividade econômica a título privado; na liberdade de investimento, acesso ao mercado e de neste permanecer; na liberdade de organização de empresa com relação à fórmula jurídica adotada (individual, sociedade ou cooperativa), à qualidade e ao preço dos produtos e serviços a serem produzidos; na liberdade contratual; e na livre concorrência, outro princípio da ordem econômica, corolário da livre iniciativa, possuindo assento no artigo 170, IV, da Constituição Federal. Ademais, afigura-se também como uma liberdade titulada pelo trabalho e, desse modo, é um corolário da valorização do trabalho humano.

O princípio da livre iniciativa econômica não é absoluto, pois se submete a limitações constitucionais. Nos termos do artigo 177, *caput*, da Lei Maior, determinadas áreas do domínio econômico são reservadas ao monopólio da União, v.g. a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural, e o comércio de minérios e minerais nucleares, atividades que podem ser objeto de delegação, mas que são retiradas da plena iniciativa privada. A exploração de atividade econômica diretamente pelo Estado é permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou por relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173, *caput*), ainda assim em igualdade de condições com o particular.

A lei poderá ainda condicionar o exercício de atividade econômica a determinados requisitos (art. 170, parágrafo único), bem como estabelecer tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob leis brasileiras, com sede e administração no país (art. 170, X). Deverá ainda pautar-se pela observância de outras metas que conformam a ordem econômica: defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

---

<sup>534</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 203.

Para além de seus fundamentos acima expostos, o artigo 170, *caput*, da CF proclama que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Conforme já mencionado, a dignidade da pessoa humana constitui o valor fundante da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III), megaprincípio que se irradia sobre todo ordenamento jurídico, alicerçando os direitos fundamentais (individuais, sociais, econômicos, e de natureza metaindividual) e atraindo sua realização. Leciona Miguel Reale que a pessoa é o valor fonte de todos os valores, situando no centro de sua concepção axiológica “o homem como ente que, a um só tempo, *é e deve ser*, tendo consciência dessa dignidade”. Reconhece, ademais, que entre pessoa e sociedade há um vínculo de implicação e polaridade, de tal modo que o homem vale como homem na sociedade, tendo sido atingida a consciência de sua coparticipação em uma comunidade de pessoas<sup>535</sup>, lição que reforça a necessidade de preencher o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana com sua dimensão ontológica e intersubjetiva, sem descurar que a ordem jurídico-constitucional também lhe reconhece uma dimensão negativa e positiva, esta última nos interessando particularmente.

Isso porque, como finalidade da ordem econômica, a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional impositivo, o qual, segundo definição de José Joaquim Gomes Canotilho, no âmbito de uma Constituição dirigente, impõe aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas, tratando-se de um princípio dinâmico e orientado prospectivamente<sup>536</sup>.

Deflui dessa categorização, no dizer de Eros Roberto Grau, que a ordem econômica mencionada no citado dispositivo constitucional, integrando o mundo do ser, atinente às relações econômicas ou à atividade econômica em sentido amplo, “*deve ser* dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar”<sup>537</sup>. Compromete, pois, toda a atividade econômica, levada a efeito tanto pelo setor público quanto pelo setor privado. Portanto, o legislador constituinte busca dar concretude ao valor supremo da dignidade humana no campo econômico, mais especificamente em sua dimensão

---

<sup>535</sup> *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 211-214.

<sup>536</sup> *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1.040

<sup>537</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 197.



comunitária, na relação com os demais seres humanos no meio social, e na sua dimensão prestacional ou positiva, reclamando prestações públicas para sua promoção.

A justiça social é um princípio constitucional conformador que preconiza a criação de condições sociais mínimas pelas quais todas as pessoas possam satisfazer suas necessidades fundamentais e alcançar o desenvolvimento de sua personalidade. Daí sua posição no dispositivo constitucional como determinante da existência digna, na busca da igualdade material, centro modular da concepção de Estado Social de Direito. Seu significado perpassa a superação de injustiças.

A ideia de justiça social encerra uma imposição ética e uma exigência de qualquer política econômica, que significa a superação e a correção de injustiças na repartição do produto econômico, em uma dúplici visão – micro e macroeconômica –, buscando a equidade na divisão da riqueza produzida entre produtores, fornecedores, trabalhadores e consumidores.

#### **5.4.2 Os princípios da ordem econômica**

Após estabelecer seus fundamentos e seu fim, o art. 170 da Constituição Federal elenca os princípios que devem ser observados pela ordem econômica: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Os três primeiros possuem preponderante caráter estrutural do sistema econômico acolhido, capitalista, enquanto os demais se revelam mais como objetivos condicionadores da atividade econômica.

A soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, I), a qual é regida em suas relações internacionais pelo princípio da independência nacional (art. 4º, I). A soberania nacional afirmada no art. 170, I, da Constituição Federal é a econômica, como instrumento para que se realize o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e um objetivo específico a ser alcançado, podendo ser, então, definida com um princípio constitucional impositivo.

O princípio em tela não leva em mira um isolamento econômico, mas objetiva traçar um programa de políticas públicas que possam “viabilizar a participação da sociedade

brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional”<sup>538</sup>. Busca-se a modernização da economia, rompendo a dependência brasileira em relação às sociedades estrangeiras desenvolvidas. Em outra acepção, a soberania nacional econômica significa uma autodeterminação do país nas decisões sobre política econômica, que deve ser respeitada nos contratos e ajustes internacionais.

Os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade (art. 170, incisos II e III) não devem ser abordados separadamente. Isso porque a função social da propriedade somente possui sentido e razão se tiver como pressuposto necessário a propriedade privada dos bens de produção e dos bens que excedam sua função individual. Ambos são princípios conformadores da ordem econômica e instrumentos para a consecução do seu fim, subordinando o exercício do direito de propriedade aos ditames da justiça social e para que se assegure a todos uma existência digna.

A propriedade é consagrada como direito individual no artigo 5º, *caput*, e incisos XXII e XXIII da Constituição Federal. Refere-se aos bens de consumo e de uso pessoal, satisfazendo as necessidades materiais do indivíduo e de sua família, e garantindo sua subsistência. São destinados à manutenção da vida humana, daí sua imprescindibilidade para a existência digna. A propriedade privada, da qual trata a ordem econômica, refere-se aos bens atinentes ao processo produtivo, os bens de produção, quais sejam, aqueles que se destinam à produção, à geração de outros bens ou rendas, e sua função social também abrange a distribuição dos bens de consumo, aqueles que excedem a função individual. Segundo o escólio de Eros Roberto Grau:

“O princípio da função social da propriedade ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob o compromisso de sua destinação. A propriedade sobre a qual os efeitos do princípio são refletidos com maior grau de intensidade é justamente a propriedade, em dinamismo, dos bens de produção. Na verdade, ao nos referirmos aos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à *função social da empresa*”<sup>539</sup>.

A livre concorrência (art. 170, inciso IV) é um princípio que decorre da liberdade de iniciativa econômica e só pode ser compreendido com a noção de poder econômico. A Constituição Federal, ao referir-se ao “abuso do poder econômico” (art. 173, §4º), reconhece sua existência, mas rechaça seu exercício abusivo, demandando a intervenção estatal sobre o

---

<sup>538</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 227.

<sup>539</sup> *Idem*, p. 238.

domínio econômico, na modalidade de atuação por direção, a qual é integrada por normas de controle, de natureza preventiva ou repressiva.

Ao estatuir a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, a Lei Maior tem por desiderato garantir a livre concorrência e, em consequência, a liberdade de iniciativa. A Lei n. 8.884/94, também denominada lei antitruste ou lei da concorrência, dispõe sobre a prevenção e a repressão *administrativa* a tais formas de abuso de poder econômico, enquanto a repressão *penal* dá-se por meio das figuras típicas previstas nos artigos 4º, 5º e 6º da Lei n. 8.137/90.

O poder econômico não pode, destarte, ser usado com a finalidade de servir como um obstáculo à liberdade de iniciativa de terceiros, manifestação de direitos fundamentais, consoante se sublinhou, a qual também engloba: a liberdade de concorrência, consistente na faculdade de conquistar a clientela, desde que não se valha o agente econômico de concorrência desleal; a proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência; e a neutralidade do Estado diante do fenômeno da concorrência, em igualdade de condições dos concorrentes<sup>540</sup>. Ou seja, liberdade não somente para acessar o mercado, mas para nele permanecer, sem a interferência estatal que possa afetar a isonomia na concorrência e sem que os agentes econômicos privados pratiquem condutas que objetivem prejudicar ou impedir a livre iniciativa de terceiro, procurando diminuir ou suprimir a concorrência existente.

Além disso, a repressão ao abuso do poder econômico vai além da interpretação literal do art. 173, §4º, da Constituição Federal, e não se esgota nos três objetivos que elenca, abrangendo todo e qualquer ato no domínio econômico que se mostre nocivo às relações existentes na vida econômica e que contrariem os demais princípios e valores da ordem econômica constitucional. Compreende, *v.g.*, as condutas e as atividades lesivas ao meio ambiente, como a poluição ambiental, e aquelas que afetem o direito dos consumidores, como a produção e distribuição de produtos perigosos ou nocivos. Assim, de modo abrangente, pode-se considerar abusiva toda a manifestação do poder econômico que estiole qualquer dos princípios fundamentais da ordem econômica<sup>541</sup>.

---

<sup>540</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 205.

<sup>541</sup> Nesse sentido: NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro, *Comentários à Constituição Federal de 1988 – ordem econômica e financeira – arts. 170 a 192*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 49.

A defesa do consumidor encontra-se prevista em diversos dispositivos constitucionais: art. 5º, XXXII (“O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; art. 24, VIII (compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre responsabilidade por dano ao consumidor); e art. 150, §1º (“a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”).

No art. 170, V, o princípio da defesa do consumidor exerce dupla função, na medida em que se constitui instrumento para a realização do fim da ordem econômica e objetivo a ser especificamente atingido, de caráter nitidamente intervencionista estatal. Isso porque o emprego da expressão *defesa* explicita reconhecer que o consumidor é a parte mais vulnerável da relação de consumo, devendo o Estado intervir para compensar esse desequilíbrio<sup>542</sup>. O marco normativo do intervencionismo estatal nas relações de consumo encontra-se no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

Nos termos do art. 2º da Lei n. 8.078/90, o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, estendendo-se o conceito legal a toda a coletividade de pessoas – ainda que indetermináveis – que intervenha nas relações de consumo (parágrafo único) e a todas as vítimas de danos causados por defeitos do produto ou relativo à prestação de serviços (art. 17 do CDC).

Prevê ainda o artigo 4º, do citado diploma legal, a implementação de uma política nacional das relações de consumo, que atente para as necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, a saúde, a segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida e a transparência e harmonia das relações de consumo. Essa política deve atender a diversos princípios, destacando-se o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (inciso I), a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, compatibilizando a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, com base na boa-fé e no equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (inciso III), e ainda a coibição e a repressão de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal (inciso VI).

---

<sup>542</sup> ARAUJO, Luís Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

A defesa do meio ambiente também se encontra prevista em diversos dispositivos constitucionais, recebendo tratamento detalhado no Capítulo VI do Título da Ordem Social, especialmente no artigo 225, *caput*, o qual proclama que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, devendo o Poder Público e a coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Enfatiza, nos dispositivos seguintes, a atuação preventiva, sem descuidar de medidas repressivas, exigindo a recuperação do meio ambiente degradado ainda que no exercício de uma atividade lícita (art. 225, §2º) e a sujeição das condutas e atividades lesivas às sanções penais e administrativas (art. 225, §3º). O texto constitucional visa, assim, a proteger a qualidade da vida humana, isto é, a saúde, o bem-estar e as condições de desenvolvimento do ser humano.

O princípio previsto no art. 170, inciso VI, da Constituição Federal, incluindo o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental de produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, possui caráter conformador da ordem econômica. Informa ainda os princípios constitucionais da garantia de desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II) e do pleno emprego (art. 170, VIII), demonstrando a opção da Lei Maior por um modelo de desenvolvimento sustentável, de tal forma que a atividade econômica deve ser realizada com respeito aos limites de capacidade dos ecossistemas, “resguardando-se a possibilidade de renovação dos recursos renováveis e explorando de forma não predatória os recursos não renováveis, sempre no intuito de preservar direitos dos que ainda estão por vir”<sup>543</sup>.

O princípio da redução das desigualdades regionais também constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso III), o qual complementa a promoção do desenvolvimento econômico com a adoção de políticas públicas que objetivem superar as acentuadas diferenciações de renda, meio para a consecução do bem-estar social, defluindo sua relação intrínseca com o objetivo fundamental da promoção do bem de todos (art. 3º, IV) e com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A busca do pleno emprego prevista no art. 170, VIII, encontra-se imbricada no valor social do trabalho humano e no direito social ao trabalho, com o desiderato de propiciá-lo a todos que estejam em condições de exercer uma atividade produtiva, recebendo o tratamento de principal fator de produção do sistema econômico. O tratamento favorecido

---

<sup>543</sup> PETTER, Lafayette Josué, *Princípios constitucionais da ordem econômica*, p. 273.

para as empresas de pequeno porte, desde que constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país (art. 170, IX), fundamenta a existência de um tratamento jurídico diferenciado e a reivindicação de políticas públicas que propicie seu desenvolvimento, o que será alcançado por meio da “simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela redução ou eliminação destas por meio de lei” (art. 179).

## CAPÍTULO VI

### O bem jurídico-penal “ordem econômica”

#### 6.1 A ordem econômica constitucional como fonte valorativa do Direito Penal: legitimação de criminalização

Na esteira da teoria constitucional eclética ou mista sustentada por Jorge de Figueiredo Dias, a ordem legal dos bens jurídico-penais deve guardar congruência com a ordem dos valores constitucionais, em uma relação que não é de identidade, mas de analogia substancial. A ordem axiológica da Constituição funciona aqui como parâmetro ao legislador para decidir sobre a criminalização/descriminalização de condutas.

O bem jurídico-penal, para além de sua função garantidora, apresenta função material ao fornecer o conteúdo à tipicidade e à antijuridicidade, servindo de indicador do conceito material de crime. Funciona, pois, como critério que orienta o legislador, legitimando os processos de criminalização e de descriminalização de condutas. Para tanto, conforme já mencionado, o conceito material de bem jurídico-penal deve ter conteúdo valorativo, preenchido pela referência aos valores constitucionais, pelos princípios político-criminais da dignidade penal e da carência de tutela penal, e pela verificação da coerência de criminalização com a ordem axiológica da Constituição.

Conforme assinalado por Márcia Dometila Lima de Carvalho, o bem jurídico-penal deve sofrer um processo de avaliação diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores, sendo certo que o Direito Penal não poderá afastar-se da Lei Maior<sup>544</sup>. Com efeito, para aquilatar quais bens jurídicos são merecedores de tutela penal, exige-se um processo de filtragem constitucional, inferindo-se quais os limites e os fundamentos do Direito Penal. Destarte, os bens jurídico-penais devem concretizar os valores constitucionais relacionados, explícita ou implicitamente, aos direitos e deveres fundamentais, bem como à ordenação social, política e econômica.

A Constituição Federal, ao enunciar que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, valores sociais que integram os

---

<sup>544</sup> *Fundamentação constitucional do direito penal*, p. 34.

fundamentos do Estado Democrático brasileiro, e que sua finalidade é assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social – observando-se uma série de princípios que encerram valores transindividuais, tais como função social da propriedade, a redução das desigualdades regionais e sociais, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente –, reclama a intervenção estatal na economia, segundo um modelo de bem-estar comum, visando, na sua vertente de atuação por direção, à prevenção e à repressão ao abuso do poder econômico.

Assim, dotada de forte carga axiológica, consagrando valores sociais e coletivos que demandam a atuação estatal no domínio econômico para a realização da justiça social, com a finalidade de promover, concretamente, a dignidade da pessoa humana, a ordem econômica é, sem dúvida, um bem jurídico revestido de dignidade penal, em face de sua inequívoca relevância constitucional, a qual, no dizer de Dolcini e Marinucci, é um indicativo seguro de sua importância e um dos pressupostos primordiais do recurso à pena<sup>545</sup>.

Verifica-se, com relação à ordem econômica, a *significavità* constitucional do bem jurídico de que nos fala Franco Bricola, primeiro passo para a fundamentação de sua tutela penal, seja com relação à sua acepção estrita, compreendida como a regulação jurídica da intervenção estatal na economia, que se reflete na política econômica do Estado, seja no que se refere à sua acepção ampla, entendida como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Cabe observar que, embora em ambas as acepções, a ordem econômica é objeto de proteção jurídica, apenas a ordem econômica em sentido estrito apresenta-se como um bem jurídico penalmente protegido em sentido técnico<sup>546</sup>, enquanto a ordem econômica em sentido amplo, que consiste em um bem jurídico categorial, institucional ou espiritualizado, refere-se predominantemente a interesses patrimoniais individuais, mas que os transcende, afetando a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Porém, consoante já exposto, não basta que o bem jurídico reflita valores ou princípios constitucionais. Deve-se aferir se a conduta que ofenda ou coloque em perigo a ordem econômica revista-se de tal gravidade que cause danos sociais, isto é, é necessário

---

<sup>545</sup> Costituzione e politica dei beni giuridici, p. 368.

<sup>546</sup> Nesse sentido: MARTINÉZ-BUJÁN PEREZ, Carlos, *Derecho penal económico: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 96 e ss., e BALDAN, Edson Luís, *Fundamentos do direito penal econômico*, p. 110.



verificar a dignidade penal da conduta (danosidade social), satisfazendo-se o princípio da fragmentariedade, corolário do princípio da intervenção mínima.

Isso significa dizer que, embora não se negue a influência do Direito Econômico para a compreensão do Direito Penal Econômico, ao fornecer o substrato conceitual da ordem pública econômica e descortinar os princípios e valores que conformam a intervenção estatal na economia, encerrando o conjunto de normas jurídicas para sua consecução, o Direito Penal não será um mero guardião preventivo ou repressivo dos valores de outros ramos do Direito, perdendo seu caráter de criador autônomo da ilicitude, conforme alertam Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade<sup>547</sup>, mas será sim destinado a uma proteção fragmentária, somente se justificando a tutela penal para as agressões e ameaças mais graves à ordem econômica como um bem jurídico mediato ou imediato.

Ademais, consoante o exposto em nossa investigação, o juízo valorativo positivo da dignidade penal é condição necessária, mas não suficiente, para que se legitime a criminalização, demandando a existência de outro juízo, de prevalência pragmática, acerca da carência de tutela penal, orientado pelos critérios de utilidade e eficácia da intervenção punitiva estatal. Atende-se, assim, ao princípio da subsidiariedade, também corolário do princípio da intervenção mínima, que preconiza a utilização do Direito Penal como *ultima ratio*, justificando-se somente quando os demais ramos do Direito não protegerem, suficientemente, os bens jurídicos cuja dignidade de tutela encontra-se afirmada.

Outrossim, reconheceu-se que há intensa relação entre os juízos de dignidade penal e de necessidade de pena, revelando uma tendencial convergência entre, por um lado, a magnitude do bem a ser protegido e a intolerabilidade de sua lesão e perigo de lesão, e, por outro, a necessidade da pena, de tal modo que as condutas com elevado grau de danosidade social a bens fundamentais reclamam o emprego do Direito Penal, o que nos conduziu à análise da coerência da criminalização com a ordem dos valores constitucionais. Embora tenha-se constatado a dificuldade, e não impossibilidade, de hierarquização dos valores constitucionais, sustentou-se que a elevada dignidade penal de um bem jurídico, assim considerada ao corresponder à ordem axiológica da Lei Maior, e a danosidade social da conduta jamais podem ser olvidadas na apreciação da carência de tutela penal.

---

<sup>547</sup> Problemática geral da infracções contra economia nacional. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*, vol. I, p. 335.

A ordem econômica, segundo o escólio de João Marcelo de Araujo Junior, é um novo bem jurídico “que possui caráter supra-individual e se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais”<sup>548</sup>. Reflete valores constitucionais essenciais, tendo assumido maior relevância na Constituição Federal de 1988, dentro da concepção adotada de um Estado Democrático e Social de Direito, tendo em vista seus fundamentos, sua finalidade, e seus princípios. No balanço dos bens jurídicos dignos de proteção, chega-se a afirmar sua hierarquia superior aos clássicos crimes contra o patrimônio<sup>549</sup>.

A Lei Maior, ao consagrar direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão, exigindo atuação ativa do Estado para sua efetivação e proteção, alicerça a legitimidade de tutela, inclusive penal, de todos os bens fundamentais, inclusive difusos e coletivos. Estes avultam em importância na ordem axiológica constitucional e dizem respeito à dimensão comunitária da dignidade da pessoa humana, à atuação da personalidade de cada pessoa e de todas as pessoas como fenômeno social, em razão de todos serem iguais em dignidade e por conviverem em determinada comunidade. A ordem econômica é, portanto, um bem fundamental.

O reconhecimento pelo texto constitucional de objetividades jurídicas de natureza transindividual, denotando sua essencialidade, alicerça, *prima facie*, a legitimidade da criminalização de condutas que lhe sejam atentatórias. Não se pode olvidar, consoante arguta apreciação de Luciano Feldens, que estruturas político-normativas, como a ordem econômica e a ordem tributária, “enfeixam uma relação de significados no qual se contém, para além do interesse público *stricto sensu*, o interesse e a expectativa de todos os sujeitos sociais que hoje dependem de seu hígido funcionamento”, permitindo ao legislador categorizá-las como objeto de tutela penal, sem que com isso se diga que se estão criando artificialmente bens jurídico-penais desprovidos de conteúdo<sup>550</sup>, mesmo porque a ordem jurídica econômica regula as relações econômicas que têm lugar no mundo do ser, na realidade social.

As condutas graves que ofendam ou colocam em risco a ordem econômica apresentam elevada danosidade social, não despertando, contudo, a atenção da sociedade por serem dificilmente detectadas e atingirem vítimas abstratas e indeterminadas (*crime without*

---

<sup>548</sup> *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995, p. 36.

<sup>549</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*, p. 48.

<sup>550</sup> *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 41-42.

victims), alimentando a conhecida cifra negra ou obscura da criminalidade econômica, também denominada delinquência invisível ou oculta, a qual “não atrai a valoração coletiva reprobatória, malgrado vulnere a ordem econômica do país – bem jurídico tutelado – rompendo o equilíbrio dos fatores que integram a estrutura econômica nacional”<sup>551</sup>.

Com efeito, a mencionada cifra negra da criminalidade resulta da diferença entre a criminalidade aparente e a criminalidade real. A criminalidade aparente é aquela que chega ao conhecimento das instâncias formais de controle social, embora não apareça registrada nas estatísticas oficiais. Diferencia-se da criminalidade legal, geralmente ligada às estatísticas que registram apenas os casos em que houve condenação, e da criminalidade real, correspondente aos crimes efetivamente praticados em um dado momento, diminuindo a cifra obscura na medida em que se aumentam a gravidade e a visibilidade da infração penal<sup>552</sup>.

André Luís Callegari pondera que os dados estatísticos geralmente dizem respeito aos delitos tradicionais (homicídios, lesões, furtos, roubos) e não aos econômicos, muito embora se possa afirmar que esses produzem danos muito maiores, notadamente financeiros, que superam a totalidade dos causados pelo restante da criminalidade, abarcando os danos materiais, que se igualam aos financeiros ao refletirem lucros para as empresas, mas não afetam diretamente a economia, atentando contra a vida, a saúde e a integridade física (fraudes de alimentos, na manipulação de medicamentos etc.); e os denominados “danos imateriais”, que acarretam perda de confiança no tráfico mercantil, a deformação do equilíbrio do mercado e a eliminação da concorrência<sup>553</sup>.

Estamos diante da denominada cifra dourada da criminalidade, expressão empregada pela primeira vez por Severín-Carlos Verselle no V Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente (Genebra, 1975), para referir-se aos criminosos que detêm o poder público e o exercem impunemente, lesando a coletividade, ou que dispõem de poderio econômico que exercem em detrimento da sociedade<sup>554</sup>.

Rodolfo Tigre Maia sustenta que o primeiro indicativo da necessidade de pena – do ângulo da prevenção geral, negativa e positiva, especificamente quanto à aplicação de

---

<sup>551</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*, p. 110.

<sup>552</sup> CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 67-68.

<sup>553</sup> *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 23-24.

<sup>554</sup> CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*, p. 75.

penas privativas de liberdade, ainda que de curta duração –, é a particular periculosidade dos agentes das condutas que violam a ordem econômica, na medida em que exigem um grau de sofisticação, planejamento e organização superiores aos crimes comuns, tornando mais difícil sua descoberta e sua investigação, chamando a atenção para o enorme custo social dos crimes econômicos, uma vez que:

“(a) atingem a própria organização da economia como um todo, constituindo indesejável óbice à concretização dos valores e dos objetivos constitucionalmente atribuídos à ordem econômica, como (b) inviabilizam as políticas públicas que perseguem a sua realização; em consequência, (c) frustram a consecução de direitos individuais e sociais pelos cidadãos”<sup>555</sup>.

A Criminologia contribui indubitavelmente para demonstrar que essa categoria de crimes afeta tanto a ordem econômica, mediante prejuízos materiais e imateriais, quanto as condições essenciais da vida em sociedade. Destaca Percy García Caveró que, com sua ajuda na demonstração dos prejuízos à economia, “*se ha construido dogmáticamente una afectación a bienes jurídicos (económicos) y cumplido, con ello, la justificación jurídico-penal para imponer una sanción penal*”<sup>556</sup>.

Daí a advertência de Maria da Conceição Ferreira da Cunha no sentido de que, em casos de elevadas cifras negras com relação a crimes de elevada danosidade social, incluindo dentre estes os delitos econômicos, a decisão do legislador não deveria ser no sentido da descriminalização, mas sim de intensificar o controle e a persecução penal<sup>557</sup>. Portanto, a relevância da ordem econômica na hierarquia dos valores constitucionais, aliada à elevada danosidade social dos ataques a ela dirigidos, justifica o recurso à pena, satisfazendo-se o princípio da adequação, isto é, a idoneidade ou aptidão da sanção penal para alcançar o fim a que se destina (a proteção de um bem jurídico referente a um valor constitucionalmente relevante), e o princípio da subsidiariedade (especificação da proporcionalidade na vertente exigibilidade), eis que nos casos das afetações mais graves com relação à ordem econômica, a sanção penal é a única forma capaz de protegê-la, o que não será obtido com o socorro a outros ramos do Direito e a outras formas de controle social.

Demais disso, deve-se atentar para a observância do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a qual opera no juízo de dignidade penal e no juízo de necessidade de pena. No juízo de dignidade penal, o princípio em tela enseja a ponderação

<sup>555</sup> *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 128-129.

<sup>556</sup> *Derecho penal económico: parte general*. Tomo I. 2ª ed. Lima: Grijley, 2007, p. 283.

<sup>557</sup> *Constituição e crime*, p. 262-263.

dos valores em jogo, verificando-se a importância de que se reveste o bem jurídico, a forma e o grau em que é atingido (danosidade social), e o valor restringido com a imposição da pena, enquanto o juízo de carência de tutela penal dá azo ao exame da justa medida da pena para a proteção do bem jurídico-penal.

A ordem econômica é um bem jurídico de relevância constitucional, e as condutas intoleráveis que a afetam constituem obstáculos à consecução dos seus objetivos de crucial importância, relacionados a suas finalidades de realizar a justiça social e promover a dignidade da pessoa humana. Logo, também do prisma da máxima da proporcionalidade em seu sentido estrito, justificar-se-ia a imposição da sanção penal. De outra banda, a modalidade de pena a ser abstratamente cominada demandará uma análise da gravidade do perigo ou lesão à ordem econômica, e também aqui não se poderia descurar de uma análise criminológica, notadamente com relação aos comportamentos decorrentes do abuso do poder econômico, o que nos remete à oportuna observação de Percy García Caverro:

*“Al ofrecer la criminología criterios de medición del daño de la criminalidad económica, muestra también que la observancia del principio de proporcionalidad debería llevar necesariamente a una elevación de la pena en los delitos económicos frente a delitos como el hurto, las apropiaciones o la estafa. La criminalidad económica ha cobrado una mayor importancia en la vida social que la delincuencia patrimonial tradicional”<sup>558</sup>.*

Infelizmente, o princípio da proporcionalidade como justa medida entre a gravidade do fato, a intensidade do perigo ou da lesão ao bem jurídico protegido e a sanção abstratamente cominada, não é observado na legislação penal brasileira no que se refere aos crimes contra a ordem econômica. Com efeito, é gritante a distorção entre as sanções previstas para os crimes patrimoniais e para os crimes contra a ordem econômica. Enquanto a pena cominada em abstrato para o crime de furto qualificado, em todas as suas formas (artigo 155, §4º, do Código Penal), é de dois a seis anos de reclusão, cumulada com multa, para as condutas tipificadas no artigo 4º e 5º da Lei n. 8.137/90, a pena é de dois a cinco anos de reclusão *ou* multa. Na hipótese de perpetração dos comportamentos descritos no artigo 6º do citado diploma legal, ao agente poderá ser impingida a pena de detenção de um a quatro anos *ou* multa (admitindo, ademais, a suspensão condicional do processo). Isso sem considerar que os autores desses delitos poderão ainda beneficiar-se de um “acordo de leniência” com um órgão administrativo (Secretaria de Direito Econômico), o qual, uma vez cumprido, acarreta a extinção da punibilidade (art. 35-C, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90).

---

<sup>558</sup> *Derecho penal económico: parte general*. Tomo I. 2ª ed. Lima: Grijley, 2007, p. 283.

Como bem destaca Guilherme de Souza Nucci, não há proporcionalidade alguma, pois o furto, com rompimento de obstáculo (estouro de um vidro), de um aparelho de som representa o valor de alguns reais, ao passo que o valor envolvido no abuso de poder econômico, com a dominação do mercado e eliminação da concorrência, pode significar milhões de reais<sup>559</sup>. Acrescentamos ao eskorreito raciocínio que a danosidade social das condutas dos artigos 4º a 6º da Lei n. 8.137/90 atine não somente à liberdade de iniciativa de terceiros, mas também aos prejuízos que acarretam a um número indeterminado de consumidores.

Destarte, a análise do conceito material de bem jurídico-penal, com esteio na concepção de Estado Social e Democrático de Direito, nos princípios do Direito Penal, e em princípios político-criminais que se harmonizam com a teoria constitucional eclética, permite afirmar a existência da fundamentação constitucional da tutela penal da ordem econômica, em sentido amplo e estrito, legitimando o legislador penal a criminalizar as condutas que consistam em ataques intoleráveis a esse bem jurídico de inequívoca relevância constitucional, bem como a readequar a proteção penal existente em consonância com os princípios e valores constitucionais enunciados no artigo 170 da Constituição Federal, destinados à promoção da dignidade da pessoa humana e à realização da justiça social.

A Constituição econômica formal brasileira é uma fonte valorativa para o Direito Penal, uma vez que os valores consagrados pela ordem econômica constitucional servem de parâmetro de referência para a escolha dos bens jurídicos a serem tutelados pelo legislador penal por meio do conjunto de normas incriminadoras que integram o Direito Penal Econômico. Tratamos aqui de bens jurídicos e não singularmente da ordem econômica, pois esta é considerada como um bem genérico e complexo, o qual se refere a inúmeros valores com diferentes graus de importância e que podem ser afetados por condutas de diversos níveis de gravidade.

---

<sup>559</sup> Leis penais e processuais penais comentadas. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 1007. Fábio Roque Sbardelotto exemplifica a situação em que uma empresa de grande porte promova ajuste ou acordo com outra empresa, visando à dominação do mercado de determinado produto básico para a população, implementando uma política de preços abusivos, conduta essa de extrema danosidade social que atinge interesses de todas as camadas da população e prejudica certamente grande parcela de cidadãos com baixas condições econômicas, sujeitando os autores a uma pena de dois a cinco anos de reclusão ou multa, por infração ao art. 4º, incisos I, letra “a”, e II, da Lei 8.137/90, sendo patente a desigualdade de tratamento com relação ao agente de um furto qualificado (*Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re) legitimadoras*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 130).

A ordem econômica constitucional, ao traduzir a concepção ideológica do Estado para a solução de conflitos sociais resultantes do jogo econômico, refletindo a política econômica e os meios jurídicos para sua consecução<sup>560</sup>, ancora a tutela penal não somente com relação às condutas que se consubstanciam em abuso do poder econômico em seu sentido menos abrangente. Lesiona ou coloca em risco a livre-iniciativa e a livre concorrência, mas também, por não se tratar de um compartimento isolado, nela incluindo-se todas as facetas da regulação da vida econômica (ordem econômico-tributária, ordem econômico-social e ordem econômico-financeira), abarca a ordem tributária e a ordem social, o sistema financeiro (tratado como um subsistema da própria ordem econômica), as relações de consumo e laborais, legitimando a tipificação *v.g.* dos crimes de sonegação fiscal, de contrabando e descaminho, contra a saúde pública, contra a previdência social, contra as instituições financeiras, contra os consumidores, e do delito de redução a condição análoga à de escravo.

Uma vez afirmada a legitimidade do legislador para a criminalização de condutas que lesionem ou coloquem em risco a ordem econômica, leva-nos a indagar – em face da sua relevância constitucional e da congruência de seus valores, fundamentos, fim e princípios com os fundamentos e objetivos fundamentais do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro – se haveria um mandado de criminalização, expresso ou implícito, eis que a Constituição impõe um dever de atuação estatal aos valores nela consagrados em face de agressões de terceiros, implicando, quando necessário, o recurso ao Direito Penal.

Quando do estudo da distinção entre a legitimação criminalizadora e as imposições constitucionais de penalização, frisou-se que estas somente poderão decorrer da necessidade do Estado em conferir proteção aos valores mais fundamentais, em face de sua agressão por terceiros, existindo nas hipóteses em que a dignidade penal e a necessidade de pena sejam tais que exijam a intervenção punitiva estatal. Em outras palavras, deflui da Lei Maior a declaração da elevada dignidade penal e da existência da carência de tutela penal.

Vimos, ademais, que os princípios solidarísticos existentes nas Constituições compromissórias dos Estados Democráticos e Sociais de Direito abrem novas perspectivas de tutela para valores de cunho transindividual – dentre os quais se inclui a ordem econômica –,

---

<sup>560</sup> CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Bel Horizonte: Del Rey, 1998, p. 84.

que passaram a ostentar maior relevância na ordem axiológica constitucional e podem estar sujeitos a condutas de inequívoca danosidade social.

Ao debruçarmo-nos sobre os mandados expressos de criminalização existentes na Constituição Federal de 1988, verificamos que sua previsão traduz a crucial importância conferida a determinados bens jurídicos e à necessidade da pena como o único instrumento capaz de assegurar-lhes uma tutela eficaz, antecipando a valoração político-criminal, seja por razões históricas (punição dos atentados às liberdades e aos direitos fundamentais, da prática da tortura, do terrorismo, e das ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e contra o Estado Democrático de Direito), seja considerando os fenômenos deletérios radicados na sociedade (punição do racismo, do tráfico ilícito de entorpecentes, e da exploração sexual de crianças e adolescentes), a preocupação com as gerações futuras (meio ambiente) e a concretização da valorização do trabalho humano (art. 7º, inciso X).

Não há um mandado expresso de criminalização quanto às condutas lesivas à ordem econômica como um bem jurídico diretamente protegido. Com efeito, não há qualquer dispositivo constitucional acerca da ordem econômica em que sejam empregadas as expressões “crime”, “infração penal”, “penal” ou “penalmente”; o verbo “punir” ou o termo “punição”, estes, ainda que plurívocos, que podem revelar a opção pelo Direito Penal. Para identificar um mandado de criminalização, deve ser adotada uma acepção restritiva, não bastando a existência de menções constitucionais, tais como “defesa” ou “às penas da lei”, sem outros elementos que demonstrem, de forma inequívoca ou perfeitamente apreensível, a obrigação dirigida ao legislador ordinário para que edite leis criminalizando determinadas condutas<sup>561</sup>.

Mais especificamente, o artigo 173 da Constituição Federal – ao prever em seu §4º que a lei *reprimirá* o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, e no §5º, ao estatuir que a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-se às *punições* compatíveis com sua natureza, aos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular –, não encerra cláusulas expressas de penalização<sup>562</sup>, eis que as expressões aí empregadas não mostram uma

---

<sup>561</sup> Nesse sentido: GONÇALVES, Luiz Carlos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007, p. 156-157.

<sup>562</sup> Digno de registro é o entendimento de Pontes de Miranda sobre a redação do art. 148 da Constituição de 1946, que determinava a repressão por lei de toda e qualquer forma de abuso de poder econômico tendo por fim



opção constitucional, inequívoca ou perfeitamente apreensível, como foi dito, pelo Direito Penal, mas sim que o controle repressivo ao exercício abusivo do abuso do poder econômico *poderá* ser levado a efeito por meio de sanções penais, uma vez aferido positivamente o juízo de carência de tutela penal, ou por meio de normas que imponham sanções de natureza administrativa, todas integrando o cabedal de normas jurídicas de cuja edição pode lançar mão o legislador ordinário para que efetive a intervenção estatal *sobre* o domínio econômico na modalidade de atuação por direção.

O legislador infraconstitucional legitimamente decidiu pela repressão ao abuso do poder econômico por meio de normas administrativas e também de normas penais, havendo independência entre as duas instâncias. Na esfera administrativa, a Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, também denominada Lei Antitruste, enuncia em seu artigo 20, de forma genérica, e no seu artigo 21, de modo explícito e exemplificativo – desde que haja sua cumulação com as hipóteses do dispositivo anterior e seus incisos –, as infrações contra a ordem econômica, havendo a expressa ressalva (art. 19) que a repressão administrativa não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei, o que mostra que a repressão penal dá-se autonomamente.

Verifica-se, ademais, que não há uma simetria dessas normas administrativas com as condutas descritas na esfera penal como modalidades de abuso do poder econômico, nos lindes do dispositivo constitucional, tipificadas nos artigos 4º, 5º e 6º da Lei n. 8.137/90. No processo administrativo há consequências que são inconcebíveis no processo penal, conforme se vê no art. 34 da Lei Antritruste, que prevê a revelia do representado, importando em confissão sobre matéria de fato, pela não apresentação de defesa no prazo legal; e distintas formas de responsabilização dos autores de tais infrações, estipulando o art. 20, *caput*, do citado diploma legal, que a sua imputação pode dar-se independentemente de culpa<sup>563</sup>. Tudo isso demonstra que as esferas, penal e administrativa, são incomunicáveis, não estando condicionada uma ao exaurimento da outra, o que confere maior efetividade ao artigo 173,

---

dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, reputando que a lei a que ali se referia era *penal* e poderia integrar a legislação especial ou o próprio Código Penal (*Comentários à Constituição de 1946*, Tomo V, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 501), raciocínio que permitiria deduzir daquela ordem constitucional (evidentemente se tivesse sido alcançado o estado atual de desenvolvimento das teorias constitucionais do bem jurídico-penal) a existência de um mandado de criminalização com relação a essas condutas contra a ordem econômica.

<sup>563</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica*, p. 113.

§4º, da Lei Maior. Ressalva-se tão somente a sentença penal absolutória com fundamento na inexistência do fato ou na negativa de autoria<sup>564</sup>.

Contudo, tratando-se a ordem econômica de um bem complexo que abrange uma plêiade de realidades positivamente valoradas entre seus fundamentos e objetivos, é possível identificar mandados expressos de criminalização quanto à tutela específica de determinados bens que, embora recebam tratamento autônomo na Lei Maior, encontram-se relacionados ao caráter conformador da vida econômica, estatuído por princípios e valores constitucionais. Não protegem diretamente a ordem econômica, mas é inegável que as condutas cuja criminalização é exigida possuem inegável repercussão no campo do domínio econômico. Cuida-se de mandados de criminalização que dizem respeito à ordem econômica em sentido amplo, a qual abarca valores que lograram alcançar relevância própria, sem prejuízo de poderem tutelar, mediatemente, a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Na Espanha, alguns autores sustentam a existência de mandados de criminalização no que tange a determinados interesses relacionados “mais ou menos diretamente” com a vida econômica, mencionando-se o artigo 45.3 da Constituição espanhola, que trata de sanções penais ou administrativas a serem estabelecidas para os danos ao meio ambiente, punições que se estendem ao âmbito econômico, e o artigo 46 dessa Carta Política, ao dispor que a lei penal sancionará os atentados contra o patrimônio histórico, cultural e artístico, ainda que de forma bem mais indireta possam ser relacionados com o Direito Penal Econômico<sup>565</sup>.

Na doutrina brasileira, perfilhando-se à proposta italiana e ao Código Penal Alemão, João Marcello de Araújo Júnior comunga do entendimento que estão contidos na ordem econômica os crimes contra o meio ambiente<sup>566</sup>. A posição é de todo defensável em face de a ordem constitucional econômica prever entre seus princípios a defesa do meio ambiente, demonstrando a opção da Lei Maior por um modelo de desenvolvimento econômico sustentável, com respeito aos limites dos ecossistemas.

---

<sup>564</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica*, p. 114.

<sup>565</sup> PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Introducción al derecho penal económico. Curso de derecho penal económico*. Enrique Bacigalupo (Dir.). 2ª. ed. Madrid; Marcial Pons, 2005, p. 30-31.

<sup>566</sup> *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995, p. 40.

Conforme obtempera Percy García Cavero, à primeira vista, a proteção penal do meio ambiente é independente do sistema econômico e alcança âmbitos alheios aos estritamente econômicos. Uma linha de interpretação afirma que o Direito Penal do Meio Ambiente protege o âmbito vital do homem, o qual certamente não pode depender de questões econômicas, mas resulta também inegável “*que la mayoría de las conductas que afectan de forma considerable el medio ambiente tienen lugar en la actividad de producción de bienes, lo cual forma parte del ciclo de desarrollo de la economía*”<sup>567</sup>.

O artigo 225, §3º, da CF, contém um mandado expresso de criminalização com relação a condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, bem jurídico difuso e essencial à qualidade de vida, que foi merecedor de todo um capítulo no título da ordem social (a qual, por ostentar como objetivos o bem-estar e a justiça social, harmoniza-se com a ordem econômica), sujeitando os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O legislador ordinário cumpriu rigorosamente a obrigação constitucional que lhe foi imposta, e por meio da Lei n. 9.650/98 descreve os crimes contra o meio ambiente e prevê, inclusive, a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Muitas das condutas ali tipificadas podem relacionar-se com o abuso do poder econômico, como, por exemplo, a poluição ambiental.

De outra banda, também se mostra atinente à regulação da vida econômica o art. 7º, inciso X, da CF, situado no capítulo dos direitos sociais, que integra o título dos direitos e garantias fundamentais. Estabelece o referido artigo que constitui crime a retenção dolosa do salário do trabalhador, mandado expresso de criminalização, ainda não atendido pelo legislador ordinário, visando a proteger um direito dos trabalhadores, rurais e urbanos, estando evidentemente relacionado ao valor social do trabalho, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e à valorização do trabalho humano, que fundamenta a ordem econômica (art. 170, *caput*). Cabe lembrar que essa expressão apresenta

---

<sup>567</sup> *Derecho penal económico: parte general*. Tomo I. 2ª ed. Lima: Grijley, 2007, p. 61-62. Em acréscimo, a precisa lição de Juan Terradillos Basoco: “*no puede afirmarse que todo delincuente ecológico responda a la tipología del delincuente del cuello blanco. Pero, aun siendo cierto lo anterior, no puede desconocerse que las formas más graves de contaminación en los países industrializados se dan en el seno de la actividad empresarial. Desde esta perspectiva, la criminalidad económica ambiental representa una desviación de las ‘reglas del juego económico’ en cuanto quine produce violando las normas ambientales, quiere perjudicar a las empresas competidoras (que respetan el ambiente) soportando costos menores y obteniendo, por tanto, un beneficio ilícito*” (*Derecho penal de la empresa*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 16).

como significado a existência de uma contrapartida monetária que faça o trabalho, fator de produção, materialmente digno, pois valorizá-lo é valorizar a pessoa humana.

Remanesceria, então, a perquirição sobre a existência de um mandado implícito de criminalização com relação às condutas atentatórias à ordem econômica. Em outras palavras, seria possível deduzir da Constituição, eis que previstas tacitamente, obrigações dirigidas ao legislador ordinário para a tutela penal da ordem econômica em sua acepção estrita ou ampla?

Vimos que, para reconhecer um mandado implícito de criminalização, é necessário verificar se o bem jurídico reveste-se de inequívoca primazia na ordem axiológica existente na Constituição e, para além, que a conduta deverá consistir em um ataque tão repulsivo a esse bem jurídico que sua proteção suficiente e adequada somente poderá ser alcançada por meio da sanção penal.

Deveras, conforme exposto, as obrigações tácitas de penalização dizem respeito a um núcleo de bens jurídicos de primacial importância, ligados intrinsecamente à dignidade da pessoa humana, e de condutas que os atinjam com inquestionável e elevada danosidade social. Significa dizer que, em situações extremas, o imperativo de tutela dos direitos fundamentais impõe o recurso ao Direito Penal, aplicando-se o princípio da proporcionalidade em sua dimensão de proibição de proteção insuficiente.

Enfrentamos, então, o primeiro problema. A ordem econômica possui vasto conteúdo valorativo, fundando-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, orientada por princípios de densidade axiológica inegável, boa parte dos quais merecendo um tratamento particularizado em outros dispositivos constitucionais, situados em diversos títulos da Lei Maior. Afirma-se, então, a dignidade penal da ordem econômica como um bem jurídico de relevância constitucional, observando-se que se refere a inúmeros valores, de diferentes graus de importância e que podem ser atingidos por condutas de diferentes níveis de gravidade, acarretando, como mencionado, danos materiais ou imateriais.

Essas condutas poderão atacar diretamente a ordem econômica como um bem jurídico supraindividual, bem como podem afetar bens jurídicos individuais (inclusive aqueles intrinsecamente relacionados à dignidade da pessoa humana, como a vida e a integridade

física) e/ou outros bens difusos (v.g. relações de consumo), atingindo-a indiretamente<sup>568</sup>. Daí porque não se pode dar uma resposta global e afirmativa no sentido da existência de um mandado implícito de criminalização no que tange às condutas lesivas ou atentatórias à ordem econômica, em razão do seu caráter extremamente abrangente.

Dada a pluralidade de valores que a integram e de níveis muito diferentes de agressão, podemos apenas, de modo seguro, responder positivamente pela legitimação, e não imposição implícita, de criminalização, nas situações de tutela indireta de bens cuja elevada dignidade penal não se põe em causa (vida e saúde humana) em face de graves ataques, no âmbito, por exemplo, da proteção direta das relações de consumo e da saúde pública, que transcendem para afetar a ordem econômica entendida em sentido amplo<sup>569</sup>.

Carlos Pérez del Valle sustenta, com amparo na Constituição espanhola, que, em princípio, não existe nenhuma obrigação constitucional de criminalização no que se refere ao direito penal econômico, mas assevera que as infrações às normas que regem a vida econômica e que, por sua vez, representam um perigo para a vida ou para outros interesses pessoais devem ser sancionadas por meio do Direito Penal,

*“pues en las sociedades modernas la valoración ético-social de estos comportamientos requiere su sanción a través de leyes penales en sentido estricto, ya que representan lesiones del bien común de tal gravedad que la confianza en la vigencia de normas que lo protegen en esos ámbitos non puede ser garantizada de otra manera”<sup>570</sup>.*

A hipótese levantada alicerça a legitimação, e não a imposição, de criminalização das condutas que se encontram no âmbito da ordem econômica e atinjam as relações de consumo e a saúde pública, afetando mediatamente a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços, tal como a falsificação, a corrupção e a adulteração

<sup>568</sup> Conforme observa Ela Wiecko V. de Castilho: “A ordem econômica como bem jurídico fundamental possui vários aspectos que podem ser destacados como bens jurídicos secundários, o que constitui outro campo em que não há uniformidade de pontos de vista. Por outro lado, a conduta definida como criminosa pode lesar outros bens também considerados fundamentais e até de natureza diversa” (*O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*, p. 79)

<sup>569</sup> Edson Luís Baldan elenca, dentre os crimes econômicos em espécie, os crimes contra a saúde pública previstos nos arts. 272 a 285 do Código Penal, incluindo ainda o crime contra as relações de consumo previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, condizente com o conceito amplo de Direito Penal Econômico (*Fundamentos do direito penal econômico*, p. 222-223). Para Eduardo Reale Ferrari, não se poria em causa a carência de tutela penal nas infrações que atingem o consumidor no que tange “à nocividade positiva na alimentação e nos medicamentos dos consumidores, vez que patente o risco à saúde humana” (Direito penal do consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional. *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*, São Paulo: RT, 2007, p. 280).

<sup>570</sup> Introducción al derecho penal económico. *Curso de derecho penal económico*. Enrique Bacigalupo (Dir.). 2ª. ed. Madrid; Marcial Pons, 2005, p. 32.

de alimentos e medicamentos, bem como a venda de mercadorias em condições impróprias para consumo, que, ao colocarem em perigo a vida e a saúde do consumidor, não deixam nenhuma dúvida, com relação a tais bens jurídicos valiosíssimos, acerca da aferição positiva dos juízos de dignidade penal e de carência de tutela penal.

Por fim, para satisfazer a necessidade de tutela penal da ordem econômica ancorada constitucionalmente, mostra-se inarredável a procura das definições de Direito Penal Econômico e de crime econômico que sejam condizentes com os princípios constitucionais penais de um Estado Democrático de Direito.

## **6.2 O Direito Penal Econômico: definição, tipo penal, tipicidade e a proteção da ordem econômica constitucional**

### **6.2.1 Definição do Direito Penal Econômico com substrato no bem jurídico tutelado**

A tutela penal da ordem econômica constitucional é levada a efeito pelo Direito Penal Econômico, cujo conteúdo e definição não são facilmente identificáveis, o mesmo podendo-se dizer com relação aos delitos econômicos. Estes, embora digam respeito a uma criminalidade que constitui um risco à própria estrutura político-normativa do Estado, ao abalar a confiança no sistema econômico-social e financeiro, tornam-se, no dizer de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, uma “ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada”, em face da dimensão dos danos materiais e imateriais que provoca, da sua “capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas”, e da sua aptidão para criar defesas que frustram as formas de luta que lhe são dirigidas<sup>571</sup>.

O estudo do Direito Penal Econômico e dos crimes econômicos revela que seus conceitos não são claros ou unívocos, conforme alerta Klaus Tiedemann, especialmente no âmbito do Direito Comparado, pois se os espanhóis usam a expressão “*delitos económicos*”, os ingleses falam em “*business crimes*”, os franceses em “*délits d'affaires*”, enquanto os alemães em “*Wirtschaftsdelikte*”, sem que se refiram ao mesmo tema<sup>572</sup>.

---

<sup>571</sup> Problemática geral das infracções contra a economia nacional. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. 1. *Problemas gerais*, p. 319-320.

<sup>572</sup> TIEDMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 9.

Contudo, há consenso na doutrina com relação à história do Direito Penal Econômico: seu início ocorre na Primeira Guerra Mundial<sup>573</sup>, em razão da necessidade de direção e mobilização da economia para os esforços bélicos, obrigando o Estado a assumir o papel de responsável pela conformação e defesa do curso da vida econômica. Supera-se então a ideia liberal de separação entre direito e economia, criando-se os pressupostos para o recurso ao direito penal como meio preferencial de tutela do modelo econômico desejado<sup>574</sup>. Porém, apenas no final dos anos 20 e início dos anos 30 do século passado, efetivaram-se na Alemanha os primeiros esforços científicos vinculados ao Direito Econômico, concebido como o direito da direção estatal da economia, o que levou Lindemann, discípulo de J. W. Hedemann, a descrever como objeto do Direito Penal Econômico o setor da economia dirigida e protegida<sup>575</sup>, em razão do impacto gerado pela crise de 1929, responsável pela depressão econômica que abalou o mundo na década de 30.

As primeiras tentativas na busca de definir o Direito Penal Econômico deram-se no âmbito da Criminologia, ao se procurar compreender o delito econômico como comportamento desviante, observando-se o emprego de vários termos para designar a criminalidade econômica, notadamente divergentes no que se refere ao seu alcance.

Assim, o termo *White Collar Crime*, cunhado por Edwin H. Sutherland quando de seu discurso proferido no 34º Encontro Anual da “American Sociological Society”, em 27 de dezembro de 1939, foi definido pelo seu autor como “um delito cometido por uma pessoa de respeitabilidade e *status* social elevado no curso de sua ocupação”<sup>576</sup>, deixando evidente sua perspectiva subjetivo-profissional, ao apresentar como pontos de apoio o *status* do autor e a conexão entre a atividade criminosa e a profissão do agente<sup>577</sup>.

---

<sup>573</sup> Sem que se olvide da existência de delitos que hoje denominamos econômicos na Antiguidade, na Idade Moderna e na Idade Contemporânea, sem qualquer sistematização que caracterizasse um ramo do Direito Penal. Assim, em Roma, nos tempos de César, foi editada a *Lex Julia de annonae*, que punia severamente a alta de preços e o ilícito em matéria de importação e comércio de cereais, estendendo-se a punição até a pena de morte. No século XVII, no reinado de Maria Teresa, punia-se com multa elevada e até a pena de morte a exportação de cereais e frutas e a violação de normas sobre a fabricação da cerveja (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da. *Problemática geral das infracções contra a economia nacional*, p. 324). O Código Penal francês de 1810, o Código Penal belga de 1867 e o Código Penal italiano de 1899 já criminalizavam as especulações comerciais (ROYSEN, Joyce. *Histórico da criminalidade econômica*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 42, janeiro-março de 2003, p. 193).

<sup>574</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da. *Problemática geral das infracções contra a economia nacional*, p. 323.

<sup>575</sup> TIEDMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 16-17.

<sup>576</sup> *El delito de cuello blanco (White collar crime: The uncut version)*. Trad. Laura Belloqui. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, Julio César Faria Editor, 2009, p. 9.

<sup>577</sup> FELDENS, Luciano. *Tutela penal dos interesses difusos e crimes do colarinho branco*, p. 116.

Posteriormente, Gary S. Green formulou uma definição mais abrangente (*occupational crime*), sustentando que a posição socioeconômica não poderia ser uma explicação para o crime de colarinho branco, pois somente seria cometido por pessoas de elevada posição social, entendimento que atenta mais ao modo de execução do crime e ao motivo que impele o agente, dando ensejo à compreensão que a ligação entre a profissão e a prática de crimes também se verifica com relação aos operários, a denominada criminalidade do colarinho azul<sup>578</sup>.

Earl Quinney também acatava a denominação “delito ocupacional”, conferindo-lhe maior amplitude<sup>579</sup>. Marshall B. Clinard e Peter C. Yager, por sua vez, definem o crime do colarinho branco como uma violação da lei por parte de homens de negócios, produtores, funcionários e empregados de firmas comerciais (*corporate crime*)<sup>580</sup>. Demais disso, ainda é feita a menção à chamada delinquência de cavalheiros (*kavarlierdelitke*), que se refere a delitos cometidos por pessoas pertencentes a uma elevada posição social, mas sem que se relacionem ao ambiente profissional do agente<sup>581</sup>.

Embora não se negue a importância dessas definições para compreender a delinquência econômica, vê-se claramente que não contribuem para que sejam descortinados os bens jurídicos que devem ser protegidos e para aferir a danosidade social das condutas que os lesionam ou põem em perigo. Como alerta Eduardo Correia<sup>582</sup>, não se pode recorrer a uma tipologia de agente para que se defina o direito penal econômico, o qual não poderá ser um direito penal de “agentes”, em clara violação ao princípio da culpabilidade, que se norteia por um direito penal do fato.

Muito difundida na doutrina alemã é a definição do crime econômico em função da violação de confiança que lastreia a vida econômica, ideia cuja atenção foi chamada pioneiramente por Zirpins-Terstegen, autores que reputam existir um delito econômico quando as atividades puníveis são aptas a perturbar ou por em perigo a ordem econômica, na

---

<sup>578</sup> *Occupational crime*, Chicago: Nelson Hall, 1990, p. 12, *apud* COLEMAN, James Willian. *A elite do crime*. Trad. Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2005, p. 5-6.

<sup>579</sup> CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*, p. 74.

<sup>580</sup> *Corporate crime*, New York: Free Press, 1980, p. 18, *apud* TIEDMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 10.

<sup>581</sup> FELDENS, Luciano. *Tutela penal dos interesses difusos e crimes do colarinho branco*, p. 118.

<sup>582</sup> Introdução ao direito penal econômico. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*, vol. I, p. 310.



medida em que a confiança, a qual é fundamental a qualquer sistema econômico, é ofendida<sup>583</sup>.

Klaus Tiedemann também assinala que as investigações criminológicas levadas a efeito na Alemanha e nos Estados Unidos sinalizam especialmente para o abuso de confiança socialmente depositada no tráfico mercantil, referindo-se os delitos econômicos àquelas condutas que contradizem o comportamento condizente com a imagem de um correto comerciante e que, além de lesionarem interesses individuais, podem colocar em perigo a vida econômica ou a ordem que a regula<sup>584</sup>.

Em uma outra acepção, a violação da confiança consistiria em um desvio de poder na estrutura hierárquica de uma empresa, cometido por pessoas que não possuem competência para determinada decisão ou por pessoas que, ainda que sejam detentoras da capacidade de decisão, utilizam seu poder para fins indevidos, ou, por fim, como um meio para a obtenção de vantagens ilícitas nas relações econômicas, justificando-se a intervenção penal para a defesa da confiança como um valor fundamental da vida econômica<sup>585</sup>.

Contudo, além de não se afastar de uma tipologia criminológica dos agentes dos crimes econômicos, a perda da confiança é insuficiente para sua definição (e, por conseguinte, do Direito Penal Econômico), traduzindo mais a consequência advinda da prática desses delitos, o dano imaterial por eles provocado, o qual deve estar necessariamente relacionado à lesão do bem jurídico que direta ou indiretamente visa a tutelar com amparo constitucional, qual seja, a ordem econômica.

O Direito Penal Econômico e os crimes econômicos somente poderão ser satisfatoriamente definidos de uma perspectiva jurídica, isto é, ostentando por substrato conceitual o bem jurídico que visam a proteger, qual seja, a ordem econômica, cuja relevância constitucional legitima sua tutela penal. Para tanto, conforme já exposto, não se nega a inspiração e a influência do Direito Econômico para a compreensão do Direito Penal Econômico, notadamente ao fornecer o sustentáculo do conceito de ordem pública econômica e descortinar os princípios e valores que conformam a intervenção estatal na economia.

---

<sup>583</sup> *Wirtschaftskriminalität*, p. 27, apud CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal econômico p. 312.

<sup>584</sup> *Poder económico y delito*, p. 11.

<sup>585</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática geral das infrações contra a economia nacional, p. 334.

Porém, há vozes na doutrina que verberam uma definição do Direito Penal Econômico tão somente a partir do Direito Econômico. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade advertem que uma definição desse tipo caracteriza-se pela sua extrema amplitude e por tornar o Direito Penal meramente secundário ou sancionatório, apenas como guardião preventivo e repressivo de valores de outras ramas do Direito. Ressalvam porém não verem quaisquer reservas fundadas na remissão ao Direito Econômico, desde que este fosse definido claramente e em termos de tutela dos valores fundamentais de uma coletividade organizada, de tal modo que se lhe dessem o sentido e o conteúdo da doutrina germânica, ao considerá-lo como o direito de direção da economia pelo Estado, e no recurso ao Direito Penal para a tutela desses valores se traduziria o Direito Penal Econômico, a ele pertencendo todas as normas incriminadoras que se inserem na direção por parte do Estado dos investimentos, no controle de mercadorias e serviços, no controle de preços, na luta contra cartéis e práticas restritivas da concorrência<sup>586</sup>.

Daí a assertiva que a ordem econômica abre suas portas para o ingresso do direito penal de direção, o qual não deve estiolar o princípio da intervenção mínima, reservadas para os demais ramos do direito as ilicitudes de menor expressão lesiva, resguardando-se dos inconvenientes do fenômeno da inflação legislativa<sup>587</sup>. Dito de forma mais abrangente, o Direito Penal Econômico, definido segundo o bem jurídico que visa a proteger, somente deve ser reservado para as situações de *ultima ratio*, não se negando a legitimidade da intervenção punitiva estatal quando o ataque à ordem econômica seja de tal monta que justifique a necessidade da pena, sendo de rigor a observância, na determinação do conteúdo material do injusto, de outros princípios penais: culpabilidade, proporcionalidade ou insignificância<sup>588</sup>.

Klaus Tiedemann sustenta que a relação entre a ordem econômica e o Direito Penal Econômico é de parcial independência, pois o Direito Penal não possuiria, atualmente, a missão de conformar a regulação da vida econômica, resultando, no âmbito da economia, o seu caráter secundário e acessório. Afirma o autor que os mandados e as proibições da ordem econômica estariam contidos no Direito Econômico e de Empresa, sendo suas regras ponto de apoio para a punibilidade de certas condutas. Entretanto, relativiza seu posicionamento, ao

---

<sup>586</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática geral das infrações contra a economia nacional, p. 335 e 336.

<sup>587</sup> DOTTI, René Ariel. Algumas reflexões sobre o direito penal dos negócios. *Direito penal dos negócios: crimes do colarinho branco*. São Paulo: AASP, 1989, p. 21.

<sup>588</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006, p. 165.

reconhecer que o Direito Penal, mediante suas figuras típicas, refere-se excepcionalmente, de forma imediata e direta, às regras do Direito Econômico e da Empresa, assumindo autonomia e função reguladora próprias<sup>589</sup>.

Tais enfoques acerca do denominado direito penal de direção evidentemente não fariam qualquer sentido em uma concepção de Estado Liberal de Direito, pois, sob seus auspícios, a intervenção estatal na atividade econômica era pautada somente para assegurar a proteção da autonomia da liberdade de comércio e indústria. Em suma: um Direito Penal Econômico nesse modelo de Estado era um direito penal de proteção, que apenas ostentava por desiderato a tutela do livre jogo das relações econômicas.

Conforme destaca Gérson Pereira dos Santos, houve quem afirmasse (Enrique Aftalión) que o Direito Penal Econômico era um “subúrbio imprestável” do Direito Penal, entendimento que se explica pela ausência de uma verdadeira ordem econômica tal como hoje se compreende<sup>590</sup>. Com o advento do Estado Social, a intervenção dá-se para conformar a ordem econômica (cujo conceito ganha substância a partir dessa concepção de Estado), segundo determinados objetivos e fins fixados nos textos constitucionais. O Direito Penal Econômico passa a integrar o Direito Penal como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, um bem jurídico supraindividual com esboço na Carta Política.

Com o atual conceito de ordem econômica, divisam-se na doutrina duas recorrentes abordagens para o Direito Penal Econômico: uma estrita e outra ampla. Porém, também se sustenta uma concepção intermediária, cujo cerne reside na Constituição econômica formal.

A acepção do Direito Penal Econômico em sentido estrito encontra-se vinculada pela proteção direta da ordem econômica, isto é, pela tutela da intervenção estatal na economia, por meio da regulação da organização, planificação e direção da atividade econômica. Conceitua-se, então, o Direito Penal Econômico como o “conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal em Economía”<sup>591</sup>. O objeto de tutela penal é, portanto, uma

---

<sup>589</sup> *Poder económico y delito*, p. 21-22.

<sup>590</sup> *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 93.

<sup>591</sup> BAJO FERNANDEZ, Miguel, BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001, p. 13.

determinada forma de intervenção direta do Estado na vida econômica, impondo normas ou planificando as atividades dos diversos agentes econômicos.

Nesse diapasão, os crimes econômicos também comportam uma concepção estrita, constituindo-se nas infrações penais que lesionam ou colocam em perigo a ordem econômica, como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia; em outras palavras, as condutas graves que atentam contra a atividade estatal de direção da vida econômica e que fazem parte da denominada criminalidade macroeconômica. Destarte, integram o Direito Penal Econômico em sentido estrito os crimes contra a ordem econômico-tributária, os crimes contra a ordem econômico-financeira, os crimes de lavagem de dinheiro, o contrabando, e os delitos que afetam a determinação ou formação de preços.

Por seu turno, em sentido amplo, o Direito Penal Econômico consiste no *“conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”*<sup>592</sup>. Assim, a ordem econômica é objeto de uma proteção indireta, não se tutelando o intervencionismo estatal nas relações econômicas, mas sim o desenvolvimento da atividade econômica no interior da economia de mercado, protegendo-se em um primeiro plano notadamente bens jurídicos patrimoniais individuais ou outros bens supraindividuais.

Deflui-se que os crimes econômicos podem ser conceituados de modo amplo como as infrações penais que lesionam ou colocam em perigo bens que dizem respeito às relações entre os agentes econômicos, mas que transcendem uma dimensão individual, vulnerando a normativa de regulação da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Compõem o Direito Penal Econômico, em sua conceituação ampla, os crimes contra as relações de consumo, contra o meio ambiente, de falsificação de medicamentos, os delitos laborais, societários, o crime de formação de cartel, dentre outros.

Na acepção ampla de crimes econômicos poder-se-á estar diante dos denominados bens jurídicos intermédios espiritualizados, cujo conceito foi elaborado por Bernd Shünemann<sup>593</sup>, os quais justificam a antecipação da tutela penal, permitindo o recurso à tipificação de crimes de perigo, notadamente abstrato. Trata-se de bens jurídicos supraindividuais de caráter imaterial, que predominantemente representam bens imediatos pertencentes a indivíduos, sendo afetados somente por uma reiteração generalizada de

---

<sup>592</sup> BAJO FERNANDÉZ, Miguel, BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*, p. 11.

<sup>593</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal econômico como direito penal de perigo*, p. 152.

condutas que não respeitem regras básicas, reconhecendo-se a difícil constatação da efetiva lesão ao bem mediamente protegido por meio de ações individuais. Assim, no âmbito dos crimes econômicos, a conduta individual colocará em risco ou causará a lesão ao bem imediatamente tutelado, sem que haja a necessidade de se creditar a ofensividade ao bem jurídico imaterial mediamente protegido (ordem econômica), residindo o perigo abstrato do comportamento típico na reiteração da lesão ou perigo ao bem intermediário.

Por fim, uma terceira concepção de Direito Penal Econômico merece destaque. Cuida-se de um conceito intermediário, funcional, que sintetiza e contemporiza a acepção estrita e ampla, norteado pelo sistema econômico constitucional, ou, como acima mencionado, a denominada Constituição econômica formal.

Com efeito, segundo o entendimento de Klaus Tiedmann, o Direito Penal Econômico abarca os setores do Direito Penal que tutelam primordialmente a ordem econômica em seu conjunto, isto é, o fluxo da economia em sua organicidade, em uma só expressão: a economia nacional; e essa ordem econômica como um valor supraindividual acha-se preponderantemente institucionalizada, ordenada, dirigida e controlada por disposições administrativas de política econômica, matéria abrangida pela definição de Direito Penal Econômico-Administrativo.

O autor concebe o Direito Penal Econômico em sentido estrito como o Direito da direção da economia pelo Estado e sustenta que seu conceito em sentido amplo atende a uma solução conciliatória de clara tendência internacional, considerando como crimes econômicos não somente os fatos puníveis contra a planificação estatal da economia, mas igualmente todo o conjunto dos crimes relacionados com a atividade econômica e dirigidos contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica<sup>594</sup>. Ora, tais normas têm por espeque a Constituição econômica em seu sentido formal, pois nela se encontram os fundamentos, o fim e os princípios que definem a ordem econômica instituída pela Carta Política de 1988, permitindo que se identifiquem os valores que assinalam sua dignidade penal.

Nesse diapasão, perfilhamo-nos ao conceito de Juan Antonio Martos Nuñez, para o qual o Direito Penal Econômico é o conjunto de normas jurídico-penais que protegem o sistema econômico constitucional, entendido como “o conjunto de instituições e mecanismos

---

<sup>594</sup> *Poder económico y delito*, p. 18-20.

de produção, distribuição, consumo e conservação de bens e serviços que fundamentam a ordem econômica justa, objetivo essencial do Estado Social e Democrático de Direito”<sup>595</sup>.

### 6.2.2 Tipo penal, tipicidade e Direito Penal Econômico

O conceito acerca de tipicidade remonta a Ernst von Beling. No início do século XX, mais precisamente em 1906, desenvolveu a teoria da tipicidade, a qual passa a exercer função limitadora da ilicitude penal. Segundo Sérgio de Oliveira Médici<sup>596</sup>, com sua teoria do tipo, Beling exprimiu o verdadeiro sentido do princípio da legalidade, pois um fato poderá até ser reprovável, imoral, abominável, mas não haverá crime sem sua adequação a um tipo legal, ou seja, sem que haja tipicidade. Assim, se para Feuerbach não há crime sem lei (*nullum crimen sine lege*), para Beling a lei deve ser representada por um tipo.

Misabel de Abreu Machado Derzi observa que a tipicidade é desdobramento do princípio da legalidade, em seu grau material (isso significa dizer, quanto ao seu conteúdo fechado, determinado), representando garantias constitucionais: segurança jurídica, estabilidade das relações jurídicas, bem como a realização do princípio da igualdade material na aplicação da lei<sup>597</sup>.

No conceito clássico de delito, a tipicidade é meramente formal, bastando a constatação da causalidade, e o tipo é objetivo-descritivo. Até a construção doutrinária de Beling, a palavra tipo (*Tatbestand*), ou modelo principal de um fato, era tradução livre da expressão contida no Código Penal alemão, cujo embrião era o *corpus delicti* das leis latinas, de índole processual. Foi justamente o modelo positivista de Direito que condicionou o surgimento da elaboração de Beling, que ganhou consistência graças aos trabalhos de Adolf Merkel e Karl Binding.

Binding compreendeu que o injusto penal não era infração à lei penal, mas sim à norma, ao que Beling contribuiu ao erigir o tipo em um conceito técnico-formal. A tipicidade formal acarreta um juízo de mera adequação do fato concreto ao tipo-legal (adequação típica).

---

<sup>595</sup> *Derecho penal econômico*, Madrid: Montecorvo, 1987, p. 130, *apud* BALDAN, Édson Luís, *Fundamentos do direito penal econômico*, p. 131.

<sup>596</sup> *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: RT, 2004, p. 100.

<sup>597</sup> *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 128-129 e 135.

No juízo de antijuridicidade é que se verifica se o fato típico está acobertado por alguma causa excludente de ilicitude, e na culpabilidade dá-se o juízo de reprovação.

Porém, essa visão passou a mudar com o advento do neokantismo, cuja interpretação valorativa fez surgir o conceito neoclássico de delito sob o influxo da descoberta dos elementos normativos do tipo e o reconhecimento dos elementos subjetivos do injusto, cuja elaboração teórica mais aprofundada foi levada a efeito por Edmund Mezger. O tipo penal, que era puramente descritivo, passa a conter, por vezes, elementos normativos e, por outras vezes, elementos subjetivos especiais. A tipicidade passa a ser material, reclamando a ofensa ao bem jurídico protegido. Aqui se situa a sempre mencionada polêmica acerca de a tipicidade ser indício (*ratio cognoscendi*) da antijuridicidade ou ser a sua essência (*ratio essendi*), cuja origem encontra-se na crítica ao modelo de Beling.

O inegável mérito de Beling na construção de sua teoria da tipicidade consiste na função do tipo em selecionar as ações humanas relevantes para o Direito Penal. Mas o tipo, pela sua teoria, seria objetivo, avalorativo, ou seja, não contendo nenhum juízo de valor, separado totalmente da antijuridicidade. É a fase da independência da tipicidade. O tipo penal era naturalístico e toda a valoração pertenceria à antijuridicidade.

Ernst Mayer, retomando os estudos de Beling, oferta reparos à teoria, observando que a função da tipicidade não é meramente descritiva, mas já revela a contrariedade entre a conduta e a norma, o que configura um indício de antijuridicidade, e o tipo perde sua objetividade com a integração de elementos normativos e subjetivos. Edmund Mezger, por sua vez, faz a abolição da separação entre tipicidade e antijuridicidade, sustentando que o delito é uma ação antijurídica, “porém, ao mesmo tempo, e sempre, *tipicamente antijurídica*”. Ostenta o tipo jurídico-penal a mais elevada significação na existência da antijuridicidade penalmente relevante, constituindo o “*fundamento real y de validez ('ratio essendi') de la antijuridicidad*”<sup>598</sup>. Destarte, para Mezger o tipo é juízo de valor presumido e provisório, e, excepcionalmente, a antijuridicidade pode ser afastada por uma causa excludente. A verdadeira fusão se dá nos tipos totais de injusto (os que possuem os denominados elementos negativos do tipo).

Beling reformou sua teoria em 1930, após as críticas referidas<sup>599</sup>, passando a empregar a expressão *Leitbild*, que pode ser traduzida por figura reitora, bem como tipo-de-

---

<sup>598</sup> *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1955, p. 364 e 376.

<sup>599</sup> *La doctrina del delito-tipo*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

injusto e tipo-de-delito. A adequação do fato ao delito-tipo é analisada do enfoque dos elementos normativos e subjetivos. O tipo-de-injusto é a descrição da lesão ao bem jurídico, compreendendo os fundamentos positivos da tipicidade (descrição do comportamento proibido) e os fundamentos negativos (ausência de causa de justificação).

O finalismo de Welzel adotou a tipicidade como material e indício da antijuridicidade. A ação humana, para Hans Welzel, é o exercício de uma atividade final, um acontecer final e não puramente causal. O homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta (ontologismo). A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim. A causalidade é “cega”, o finalismo é “vidente”.

Tem-se uma revolução no conceito de delito. A culpabilidade passa a ser puramente normativa, deslocando-se o dolo e a culpa para o injusto. A finalidade é levada para o centro do injusto. Retiram-se os elementos subjetivos da culpabilidade. O finalismo contribuiu decisivamente para o descobrimento do desvalor da ação como elemento do injusto penal. A representação e os fins do autor exercem papel importante na determinação do injusto penal, inclusive nos crimes omissivos e na tentativa. A tipicidade inclui, portanto, elementos objetivos (tipo objetivo) e elementos subjetivos (tipo subjetivo). A ilicitude tem conteúdo objetivo e subjetivo, sendo o injusto *pessoal* (exigindo desvalor da ação e desvalor do resultado). A culpabilidade é normativa pura (imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa, e potencial consciência da ilicitude).

De toda sorte, hoje a tipicidade não se resume à adequação formalmente típica. Há necessidade de que haja uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, em suma, que se verifique a tipicidade material. Após o advento do finalismo, passou a ser sustentada a existência de causas excludentes de tipicidade.

Hans Welzel formulou o princípio da adequação social, e, posteriormente, Claus Roxin, em um enfoque funcionalista moderado, defendeu que a tipicidade deve, tal como as demais categorias do delito, orientar-se por critérios político criminais, enunciando o denominado princípio da insignificância, o qual preconiza que o Direito Penal, por meio da adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade.

O tipo incriminador é um modelo abstrato da conduta delitativa que ofende ou coloca em perigo bem jurídico protegido pelo Direito Penal. É a descrição concreta do



comportamento proibido pela norma, com todas suas características subjetivas, objetivas e normativas, realizada na parte especial do Código Penal e nas figuras delituosas previstas na legislação penal extravagante. Exerce nítida função de garantia de liberdade, decorrente do princípio da reserva legal (somente a lei penal formal pode criminalizar uma conduta e cominar penas). Demais disso, tem a função de fundamentar a ilicitude. Ressalta-se sua importância em marcar o início e o término da conduta e assim auxiliar a diferenciar os atos preparatórios dos executórios.

O tipo possui elementos objetivos (descritivos), normativos e subjetivos. Os elementos objetivos ou puramente descritivos são aqueles que exprimem um juízo de certeza sobre seu significado, descrevendo o aspecto externo do ato criminoso e as circunstâncias apreensíveis aos sentidos humanos. Não há valoração, cultural ou jurídica. Os elementos normativos são os termos e expressões sujeitos a uma valoração jurídica ou cultural, exigindo um juízo de valor do intérprete. Podem referir-se à antijuridicidade (*sem justa causa, indevidamente, fraudulentamente*), a termos jurídicos (*documento, funcionário público, função pública, cheque, duplicata*) ou a termos extrajurídicos (*dignidade e decoro, moléstia grave*). Os elementos subjetivos, por sua vez, dizem respeito à intenção do agente, ao seu estado anímico, ao fim especial de agir. Há um elemento subjetivo geral em todo o tipo penal que é o dolo, e um elemento subjetivo especial do tipo que indica a finalidade específica na ação do agente, como se verifica com o emprego das expressões: com o intuito de obter, com o fim de cometer crimes, para si ou para outrem, com abuso de confiança.

Os elementos subjetivos do injusto somente fazem sentido se houver identidade entre a tipicidade e a antijuridicidade, assim como os elementos negativos do tipo, que devem estar ausentes para que se verifique a tipicidade, como, por exemplo, as causas excludentes de ilicitude. Com o finalismo, há a separação entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo (elementos subjetivos).

A verificação da existência dos elementos normativos do tipo e do seu agrupamento, conforme a lesão ou ameaça ao bem jurídico protegido, conduz a uma classificação dos tipos penais. Diferenciam-se, então, os tipos normais dos tipos anormais, tipos fechados e abertos, tipos de lesão e tipos de perigo. Nos primeiros, há somente elementos objetivos, enquanto nos tipos anormais há elementos subjetivos e normativos. Com

o finalismo, essa distinção perde sentido, tomando maior vulto a diferenciação entre tipos fechados e abertos, levada a efeito por Hans Welzel<sup>600</sup>.

Os tipos penais fechados são aqueles que possuem a descrição pormenorizada da conduta delituosa, sem qualquer complemento valorativo, não havendo qualquer juízo de valor pelo intérprete. Os tipos abertos dividem-se em: (i) tipos penais abertos em sentido amplo, que são os que contêm elementos normativos (conceitos jurídicos indeterminados), necessitando de um complemento valorativo, conceitual; (ii) tipos penais abertos em sentido estrito, nos quais há um início de definição, que é completada pelo intérprete; e (iii), por fim, os tipos completamente abertos, em que apenas há uma enunciação e não o início de uma descrição típica, cujos exemplos mais eloquentes encontramos no revogado artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com relação à expressão “tortura”, e no artigo 20 da Lei de Segurança Nacional, no que tange à expressão “atos de terrorismo”.

No tipo aberto, frequentemente empregado no Direito Penal Econômico, há evidente mitigação do princípio da taxatividade, o que não é isento de críticas<sup>601</sup>. Porém, ao mesmo tempo em que não se devem tolerar os tipos penais *excessivamente abertos* – quais sejam, aqueles dotados de cláusulas gerais, em que o legislador sequer inicia a definição típica, deixando totalmente para o intérprete a delimitação do que é proibido penalmente, revestindo-se de patente inconstitucionalidade –, a existência de uma sociedade de risco, com o incremento de ações perigosas que afetam notadamente bens difusos e coletivos, demanda uma expansão do Direito Penal, em face da incapacidade de atuação de outras formas do controle social dessas atividades, agindo na contenção de riscos, que não será alcançada com o emprego de tipos penais fechados.

Por outro norte, distinguem-se, grosso modo, os tipos de lesão e os tipos de perigo. Os tipos de lesão são aqueles que descrevem uma ofensa ao bem jurídico protegido, exigindo sua verificação para a consumação do delito, como ocorre, *v.g.*, nos tipos de homicídio, lesão corporal e furto. Os tipos de perigo descrevem a produção de um perigo para

---

<sup>600</sup> *O novo sistema jurídico penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 65.

<sup>601</sup> Por todos, Renato de Mello Jorge Silveira: “o tipo é, em si mesmo, uma expressão de um juízo de desvalor e, somente assim, é possível entendê-lo. Os tipos abertos não estão, pois, em condição para separar o campo das ações relevantes das irrelevantes. Sistemáticamente, são eles carentes de fundamento para a construção do delito” (*Direito Penal supra-individual*, p. 98), caindo aqui bem a lanço a ponderação de Alamiro Velludo Salvador Neto. “O tipo penal ao espelhar a ação proibida na sociedade de risco é, destarte, interpretativo, vago, gasoso, ou - de forma dogmática - essencialmente normativo. Esta normatização do tipo, que com a sociedade de risco atinge seu apogeu, explica a perda da certeza, clareza e hermetismo das postulações proibitivas (*Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.11).

o objeto da tutela penal, distinguindo-se entre tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato. Os tipos de perigo concreto pressupõem a efetiva produção do perigo, uma ameaça concreta ao bem jurídico protegido, descrevendo a situação real de ameaça, de exposição ao perigo que necessita ser demonstrado. Nos tipos de perigo abstrato, a perigosidade é presumida, e não depende, para a configuração do crime, da produção real de perigo para o bem jurídico protegido. Pouco importa se houve efetiva ameaça ao bem jurídico para a consumação do delito, bastando, para tanto, a realização da conduta típica. Não há descrição do perigo, que prescinde de demonstração.

Segundo o escólio de Luis Gracia Martin, o Direito Penal Moderno é próprio e característico da “sociedade de riscos”, de tal modo que

“o controle, a prevenção e a gestão de riscos gerais são vistos como tarefas que devem ser assumidas pelo Estado, e este as assume efetivamente de modo relevante, e para a realização de tais objetivos o legislador recorre ao tipo *penal* de perigo abstrato como instrumento técnico adequado por excelência. Por isso o Direito penal moderno, ou parte considerável do mesmo, é denominado ‘Direito penal do risco’”<sup>602</sup>.

Com efeito, o Direito Penal Moderno institui novos instrumentos de proteção voltados para os bens jurídicos supraindividuais, destacando-se o emprego de tipos abertos e de perigo abstrato. Cuida-se de um Direito Penal adequado às novéis necessidades da sociedade pós-industrial, da sociedade de massas, em suma, da sociedade de riscos, revelando-se por meio de modernas tendências de antecipação da tutela penal. Levantam-se na doutrina estrangeira críticas acerbas a essa modernização, as quais integram o “discurso de resistência” à expansão do Direito Penal, capitaneado na Alemanha pela Escola de Frankfurt, tendo por seu maior expoente Winfried Hassemer, e na Espanha principalmente por Jesús-María Silva Sánchez.

O discurso da Escola de Frankfurt sustenta o restabelecimento de um Direito Penal Clássico, que remonta aos ideais da Ilustração e do século XIX, destinado à tutela de um núcleo básico de direitos individuais (Direito Penal Nuclear). Repele a utilização de tipos de perigo abstrato em prol da recondução aos delitos de resultado, ao negar a legitimidade da tutela penal de bens universais e preconizar a substituição do Direito Penal Econômico e do Direito Penal do Meio Ambiente pelo denominado “Direito de Intervenção”.

---

<sup>602</sup> *Prolegômenos para luta pela modernização e expansão do direito penal e o discurso de resistência*, p. 48.

O Direito Penal Moderno é verberado por ser reputado como antigarantista, eis que romperia com as garantias penais consagradas desde a Ilustração, e como simbólico, pois seria incapaz de conter novos riscos e enfrentar os atuais problemas, e por acarretar um esvaziamento do conceito de bem jurídico.

Bernd Shünemann sustenta que a funcionalização individualista proclamada pela Escola de Frankfurt aparece, em certo sentido, como uma verdadeira perversão do ordenamento dos bens jurídicos, levando em maior consideração valorativa a mais absurda apetência do indivíduo egoísta do que as condições de vida das futuras gerações (como se dá com a tutela do meio ambiente). Censura também sua defesa por uma negação à modernização do Direito Penal, ao ignorar as condições de atuação da sociedade moderna, sendo ademais equivocado anatematizar por princípio os crimes de perigo abstrato, o que é reacionário, pois assim se bloqueia o necessário aporte da ciência do Direito Penal a uma legitimação tanto construtiva como crítica aos delitos de perigo abstrato e a contribuição para uma atividade legisladora racional nesse âmbito<sup>603</sup>.

Por seu turno, Jesús-María Silva Sánchez obtempera que o Direito Penal liberal que se pretende reconstruir jamais existiu como tal e propõe uma postura mais realista para a expansão do Direito Penal, cujo ponto de partida é a relação direta existente entre as garantias que determinado sistema de imputação incorpora e a gravidade das sanções resultantes de sua aplicação, postura essa que, admite, possui muitos pontos de contato com a construção teórica de Hassemer no que tange a um Direito de Intervenção, mas que dela se distingue na medida em que se constitui em um modelo de menor intensidade garantística dentro do Direito Penal.

O significado exato da proposta considera que os delitos nos quais se manifesta a expansão do Direito Penal, “muito especialmente socioeconômicos”, continuam sendo sancionados com penas privativas de liberdade, o que conduz a duas opções: que tais delitos se integrem ao núcleo do Direito Penal com as máximas garantias (v.g. com relação ao princípio da legalidade e da ofensividade) e as mais rigorosas regras da imputação; ou que seja mantida a relativização de princípios e garantias, renunciando à cominação de penas privativas de liberdade.

O renomado autor espanhol propugna, então, um Direito Penal de duas velocidades: o de primeira velocidade abrangeria os delitos a que são cominadas penas

---

<sup>603</sup> Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Bernd Shünemann: Obras*. Tomo I. Edgard Alberto Donna (Dir.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 227-238.

privativas de liberdade, e o de segunda velocidade, mais distante do núcleo criminal, impor penas mais próximas às infrações administrativas (multas, penas restritivas de direitos), flexibilizando-se os critérios de imputação e os critérios político-criminais. Exemplifica com o Direito Penal Econômico, para o qual haveria a flexibilização das regras de imputação e dos princípios político-criminais, como, por exemplo, princípio da legalidade, princípio da determinação taxativa e da culpabilidade<sup>604</sup>.

Comum aos dois discursos críticos quanto à expansão do Direito Penal é a subjacente proposta, embora mitigada no modelo de duas velocidades, de um Direito Penal de classes, fazendo com que a criminalidade econômica ou não fique sujeita a qualquer sanção penal ou tão somente se submeta a penas pecuniárias ou restritivas de direitos, em contraposição aos agentes dos crimes tradicionais.

Haveria a instituição de um Direito Penal da classe alta e de um Direito Penal de classe baixa, dicotomia severamente rechaçada por Bernd Schünemann, para quem é insustentável querer lutar contra a criminalidade avançada com um Direito Penal retrógado, recusando-lhe toda a modernização e reclamando, para se fazer frente à criminalidade do século XXI, os meios do Direito Penal do século XIX. Pondera o autor que a intervenção punitiva deve ser atual, justa, isto é, adequada à dimensão do dano social e aplicada sob a salvaguarda do princípio da igualdade<sup>605</sup>.

Luís Gracia Martín verbera com veemência o discurso de resistência, ao qual atribui caráter ultraliberal e reacionário. No seu entender

“deve ser rechaçado com toda a contundência e pelos mais diversos motivos, mas sobretudo porque, a meu ver, é insustentável e inaceitável do ponto de vista histórico-material das exigências éticas e políticas do nosso tempo. Esse discurso foi objeto na Alemanha de críticas tão demolidoras e concludentes por parte sobretudo de *Kuhlen* e de *Schünemann*, e até essa data os argumentos essenciais com os quais estes foram rechaçados não foram em absoluto rebatidos nem na Alemanha nem na Espanha. No que diz respeito em particular aos autores espanhóis citados, observa-se que estes se limitaram em seus trabalhos, praticamente, a repetir o discurso da Escola de Frankfurt, sem levar em consideração nem rebater os sólidos argumentos dos dois autores alemães citados. O discurso crítico ou de resistência à modernização do Direito penal, por isso, deverá continuar a ser taxado de insustentável enquanto seus partidários não lograrem articular uma réplica séria e convincente aos argumentos que se opõem a ele e o rechaçam”<sup>606</sup>.

<sup>604</sup> A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 136-147.

<sup>605</sup> Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. *Bernd Schünemann: Obras*. Tomo II. Colección Autores de Derecho Penal. Edgardo Alberto Donna (Dir.). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2009, p. 38-39.

<sup>606</sup> *Prolegômenos para luta pela modernização e expansão do direito penal e o discurso de resistência*, p. 33-34.

O Direito Penal Econômico é a expressão mais destacada do Direito Penal Moderno, sendo integrado por tipos penais que se orientam à tutela de novos bens jurídicos da vida econômica, principalmente de natureza transindividual. Cuida-se de um Direito Penal da Sociedade de Riscos, fruto do desenvolvimento e do progresso científico, tecnológico, industrial e econômico, que se realiza por meio de múltiplas atividades nas sociedades pós-industriais que originam uma pluralidade de novos riscos, dotados de grandes dimensões e que representam potencial ameaça a um número indeterminado de pessoas, causando uma sensação geral de insegurança que demanda a atuação estatal para a prevenção e o controle das fontes de perigo, o que se opera, inclusive, pelo recurso ao Direito Penal.

A antecipação da tutela penal, punindo-se condutas sem que verifique a ocorrência do resultado lesivo ao bem jurídico, procura dar uma resposta à insegurança da vida moderna diante dos novos riscos, que também atingem a Economia. Efetivamente, a maior parte dos danos causados pelos crimes econômicos não é apreensível de modo imediato. Daí o socorro aos tipos de perigo. Há nítidas objeções na doutrina aos crimes de perigo abstrato por eventual afronta aos princípios da lesividade e da culpabilidade. Contudo, há atualmente um amplo leque de conceitos de perigo abstrato que permitem que dele se lance mão sem que se estiolem esses princípios de direito penal.

Pierpaolo Cruz Bottini considera que o termo *perigo* deveria ser empregado apenas para as situações em que se verificasse a efetiva ameaça ao bem jurídico penalmente tutelado, merecendo apenas os delitos de perigo concreto a denominação de crimes de perigo, enquanto os delitos de perigo abstrato dizem respeito às ações arriscadas, com potencialidade de lesão ou de exposição a perigo de bens jurídicos, sem que exijam a presença fática do mesmo. Assim, seriam “mais bem definidos como delitos de *risco* ou delitos de *periculosidade*”<sup>607</sup>.

Essa dicotomia certamente facilita a aplicação da teoria da imputação objetiva, que incidiria igualmente com relação aos crimes de perigo abstrato, orientando-se pelos critérios do risco permitido, da criação ou incremento do risco, e da diminuição do risco. O perigo abstrato representaria, assim, um dano potencial, uma probabilidade de perigo. Haveria, destarte, um mínimo de perigosidade ao bem jurídico tutelado, satisfazendo o princípio da ofensividade.

---

<sup>607</sup> *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT. 2007, p. 114.

Acrescente-se ainda a categoria dos crimes de perigo abstrato-concreto, proposta por Horst Schröder, também denominados de delitos de atitude abstrata, de perigo potencial, de potencial lesivo, de ação perigosa e de aptidão, os quais descrevem a conduta proibida e exigem a necessidade da periculosidade geral, isto é, que a ação seja apta ou idônea para lesionar ou colocar em perigo concreto um bem jurídico<sup>608</sup>. Faz-se necessário, para a tipicidade material, um dano potencial, por meio da criação de um ambiente de periculosidade. No âmbito do Direito Penal Econômico em sentido amplo, encontramos essa categoria de tipo de perigo no crime de poluição previsto no art. 54 da Lei n. 9.605/98.

Por sua vez, os tipos perigosos por acumulação descrevem ações que, isoladamente, não constituem uma ameaça potencial para bens jurídicos protegidos, mas sua reiteração ou multiplicação acarretam um ambiente de riscos efetivos para interesses protegidos. O núcleo do injusto é o risco que a repetição dessas condutas acarreta ao bem jurídico. Exemplos dessa formulação típica são, no mais das vezes, encontradas no Direito Penal Ambiental (como, por exemplo, os crimes previstos nos artigos 29 e 34, parágrafo único, I, da Lei n. 9.605/98), mas poderá ser possível sua constatação no Direito Penal Econômico em sentido estrito. Assinala Renato Jorge de Mello Silveira que uma “multiplicidade de condutas de pequena monta pode, em momento futuro, denotar real perigo, senão dano, à Economia”, e a razão de ser da acumulação diz respeito a “uma situação em que incriminam situações individualmente irrelevantes à Economia, mas que, exponencialmente consideradas, têm um potencial, danoso considerável”, considerando que os crimes contra a ordem tributária previstos na Lei n. 8.137/90 encerram uma noção, ainda que implícita, de cumulação<sup>609</sup>.

Por fim, a conceituação do bem jurídico intermédio espiritualizado também oferece resposta adequada à alegada afronta ao princípio da ofensividade, eis que, conforme mencionado, por meio de sua elaboração teórica, a conduta individual colocará em risco ou causará a lesão ao bem imediatamente tutelado, sem que haja a necessidade de se creditar a lesividade ao bem jurídico imaterial mediatemente protegido.

De toda sorte, para serem aceitos justificadamente em face de bens supraindividuais, com relação aos quais não se poderá esperar a efetiva ocorrência de sua

---

<sup>608</sup>BOTTINI, Pierpalo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007, p. 115-116.

<sup>609</sup> *Direito penal econômico como direito penal de perigo*, p. 147-149.

lesão, os delitos de perigo abstrato não poderão encerrar uma presunção de culpa ou constituírem-se em delitos de mera desobediência (*delicta mere prohibita*).

Ademais, o Direito Penal Econômico apresenta como característica particular a sua mutabilidade: as normas penais econômicas relacionam-se diretamente com a situação econômica do país, e são, por natureza, conjunturais e pontuais, o que se reflete na utilização de normas penais em branco e de elementos normativos do tipo<sup>610</sup>.

Com efeito, os tipos penais que visem a combater a criminalidade difusa, com o aparecimento de novos riscos que não podem ser previstos pelo legislador, reclamam maior agilidade do Direito Penal, adaptando-se a novas realidades. Daí a imperiosidade de lançar-se mão de leis penais em branco, que não se confundem com os tipos penais abertos. Na lei penal em branco, cuja formulação inicial deve-se a Binding, o conteúdo da norma primária deve ser completado por outra norma jurídica da mesma instância legislativa ou diversa. Delega-se, assim, à autoridade administrativa a competência para integrar, e não definir em sua totalidade, sob pena de ofensa do princípio da reserva legal, o conteúdo do que é proibido. Recorrendo-se à lei penal em branco como *ultima ratio*, não há de se falar em ofensa ao princípio da subsidiariedade. Exemplos dessa tipificação são encontrados nos crimes contra a ordem econômica previstos no artigo 6º, incisos I, II e III, da Lei n. 8.137/90, e no artigo 1º da Lei n. 8.176/91.

De outra banda, no mais das vezes não é possível prescindir de elementos normativos, nota dos tipos penais abertos, na descrição abstrata dos delitos econômicos, em razão da tecnicidade do Direito Penal Econômico, trazendo a lume termos de Direito Econômico que demandam valoração jurídica, como se verifica na quase totalidade das condutas tipificadas no artigo 4º da Lei n. 8.137/90. Acrescente-se ainda o recurso à interpretação analógica, que igualmente, quando indispensável em face do dinamismo da criminalidade econômica, não estiola o princípio da reserva legal, conforme se verifica no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, que trata especificamente de um dos crimes contra as relações de consumo.

Destarte, o legislador ordinário, para a efetiva tutela penal da ordem constitucional econômica, ao tipificar uma conduta cuja criminalização encontra-se autorizada para a proteção de um bem jurídico com referência constitucional, que atenda aos juízos de

---

<sup>610</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. Direito penal do consumidor: capítulo do direito penal econômico. *Revista do direito do consumidor*, vol. I. São Paulo: RT, março-1992, p. 107.



dignidade penal e de carência de tutela penal e guarda coerência com a ordem axiológica existente na Lei Maior, poderá, em consonância com os princípios e valores constitucionais, legitimamente optar por recorrer aos tipos penais abertos, de perigo abstrato, às normas penais em branco e à interpretação analógica, instrumentos característicos da expansão do Direito Penal, necessária para proteger as condições do livre desenvolvimento do homem em sua vida comunitária na atualidade e no futuro de uma sociedade pós-industrial, de risco, e relacionada de forma inarredável à Economia.

## CONCLUSÕES

I - Na concepção do Estado Liberal de Direito, o valor supremo é a legalidade, que consagra direitos fundamentais de primeira dimensão, tendo por seu ápice as liberdades públicas, limitando-se o poder de atuação estatal. O sistema punitivo desse modelo de Estado protege uma liberdade e uma igualdade meramente formais, preconizando princípios e garantias que procuram somente limitar a incidência do Direito Penal, o que se reflete no domínio do pensamento jurídico-penal positivista.

II - Na concepção de um Estado Social de Direito, consolidam-se os direitos fundamentais de segunda geração e a atuação estatal visa a concretizar a igualdade material, por meio da função ativa da promoção de direitos econômicos, sociais e culturais. Coexistem os princípios de direito penal constitucional, que limitam o poder punitivo, e os valores constitucionais referentes à matéria penal, que determinam o conteúdo do que pode ser punido. O surgimento das Constituições dos Estados Sociais, com suas normas que pioneiramente disciplinaram de forma expressa a ordem econômica e social, coincide com o advento do neokantismo como corrente epistemológica do Direito Penal, que acarretou significativas alterações na teoria do delito.

III - O Estado Democrático de Direito tem por fundamento a dignidade da pessoa humana e contém um núcleo liberal e outro social. O valor da igualdade é reforçado pela participação na vida democrática, com o acréscimo do valor da solidariedade, encerrando os direitos fundamentais de terceira dimensão, de índole supraindividual. O Direito Penal guia-se pelo princípio geral da tolerância e não se legitima para a tutela de valores puramente morais, religiosos ou ideológicos. A intervenção punitiva estatal é legítima para a proteção dos bens jurídicos dignos de tutela penal em face de condutas que se revestem de danosidade social, na conformidade dos princípios e dos valores constitucionais.

IV - Nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito encontram-se, além de normas que resultam em proibições de penalização, os valores socialmente relevantes, expressos ou implícitos, que legitimam a intervenção punitiva na medida em que funcionam como fonte axiológica para o Direito Penal, orientando os processos de criminalização/descriminalização

de condutas. Nas Cartas Políticas contemporâneas que adotam esse modelo de Estado também estão previstos expressamente, ou podem decorrer de normas constitucionais, mandados de criminalização, quais sejam, obrigações dirigidas ao legislador ordinário para a tipificação de determinadas condutas, de tratamento mais severo a fatos já incriminados, ou proibição de retirada da proteção penal existente em face de determinado bem jurídico.

V - Dentre os princípios de direito penal, que podem estar previstos explícita ou implicitamente na Lei Maior, identificamos como princípio constitutivo, o qual independe do sistema punitivo adotado, o princípio da dignidade da pessoa humana; como princípios fundamentais, os princípios da legalidade, da anterioridade e da culpabilidade; como princípios derivados, o princípio da proporcionalidade e o princípio da intervenção mínima; e como princípios éticos, os princípios da adequação social, da insignificância e da humanidade.

VI - O princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundante do Estado Democrático brasileiro, é um princípio de direito penal em todas as suas dimensões – intrínseca, intersubjetiva, negativa e positiva –, e a violação dos princípios fundamentais, derivados e éticos também afronta o megaprincípio. A ordem econômica ostenta por diretriz assegurar a todos existência digna, em congruência com o art. 1º, III, da Constituição Federal, conferindo-lhe especial importância na ordem axiológica constitucional, permitindo que se aquilate a legitimação criminalizadora em face de condutas que a ofendam ou a coloquem em perigo.

VII - O princípio da legalidade, com duplo significado, político e jurídico, desdobra-se no princípio da reserva legal, no princípio da taxatividade ou da determinação taxativa e no princípio da irretroatividade.

VIII - A interpretação analógica e as normas penais em branco não ofendem o princípio da reserva legal, para o qual, na concepção de um Estado Social de Direito, tem seu entendimento renovado em nome da realização da justiça material.

IX - Os tipos penais abertos, contendo elementos normativos, os quais demandam um juízo de valoração cultural ou jurídica, não violam o princípio da taxatividade, com exceção daqueles que enunciam tão somente cláusulas gerais. A taxatividade poderá ainda ser reputada como regra jurídica que permite a movimentação do princípio da legalidade.

X - O princípio da irretroatividade, o qual também poderá ser categorizado como regra, não é estiolado pelas leis excepcionais ou temporárias, cujas características podem revestir as normas extrapenais que complementam as normas penais em branco, permitindo o seu emprego nos crimes contra a ordem econômica.

XI - O princípio da culpabilidade orienta-se pelo Direito Penal do Fato, vedando-se as acepções que colocam em primazia a pessoa do autor, seu caráter ou sua conduta de vida. Afastam-se, assim, todas as definições do Direito Penal Econômico que enfoquem, exclusiva ou prioritariamente, a pessoa do agente da infração penal em face de sua posição social ou da atividade profissional por ele desenvolvida.

XII - O princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio* desdobra-se no princípio da fragmentariedade, o qual preconiza que o Direito Penal deve tutelar os bens jurídicos essenciais à vida comunitária das lesões mais graves, e no princípio da subsidiariedade, devendo ocorrer somente a intervenção punitiva estatal quando outros meios menos gravosos não confirmam proteção suficiente ao bem jurídico. Contudo, não se poderá renunciar ao Direito Penal quando sua atuação for evidentemente necessária, dada a magnitude do bem jurídico a ser protegido e da elevada danosidade social da conduta que o afete, funcionando aqui o princípio da proporcionalidade em sua dimensão de proibição de proteção deficiente.

XII - O princípio da ofensividade ou da lesividade não é violado no emprego de tipos de perigo abstrato, como se dá notadamente nos crimes contra a ordem econômica, em razão de exigir-se a antecipação da tutela para a eficaz proteção desse bem jurídico difuso, desde que a infração penal não se configure como mera violação de dever de obediência.

XIII - O princípio da proporcionalidade encerra um juízo analítico de adequação ou idoneidade, de necessidade ou exigibilidade, e de proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação. Atua em duas dimensões, quais sejam, proibição de excesso e proibição de proteção deficiente, servindo como critério de controle das normas penais.

XIV - A incidência do princípio da insignificância poderá levar à insegurança jurídica principalmente em face da proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais, por ausência de

critérios palpáveis de mensuração da danosidade social das condutas que os afetam. Demanda assim a aferição da proporcionalidade, levando-se em conta a importância do bem jurídico e o grau de potencialidade jurídica da conduta ou a extensão do dano que se produziu.

XV - O conceito de bem jurídico, crucial para a política criminal ao estabelecer limites ao poder punitivo e o conteúdo da matéria a ser penalmente disciplinada, vinca a atividade do legislador na construção dos tipos penais. Nas suas origens, é possível descortinar a distinção entre os bens individuais e os bens da coletividade, alicerçando-se os atuais entendimentos na doutrina sobre os bens jurídicos supraindividuais.

XVI - Dentre as teorias contemporâneas, as teorias sociológicas procuram substituir ou relativizar o dogma do bem jurídico-penal em favor do conceito de danosidade social, enquanto as teorias constitucionais, fruto do processo de constitucionalização do bem jurídico-penal, oferecem maior legitimidade ao sistema punitivo e respostas mais promissoras no que tange à delimitação do conteúdo material do ilícito, permitindo aferir quais condutas devem ser criminalizadas ou descriminalizadas.

XVII - As teorias constitucionais de caráter geral referem-se à Lei Maior de modo amplo, relacionando a concepção de Estado adotada, os princípios fundamentais do Direito Penal, os fins da pena e o bem jurídico penal. Vinculam o legislador no processo de criminalização/descriminalização, afastando do Direito Penal a tutela de valores puramente morais, constituindo-se sua missão em assegurar as condições de uma convivência pacífica ao proteger os bens fundamentais.

XVIII - As teorias constitucionais estritas delimitam mais concretamente o poder de criminalização do legislador ordinário, o qual encontra, nas Constituições, prescrições explícitas ou implícitas nas quais estão presentes os bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal. O legislador penal não somente está impedido de violar os princípios e valores constitucionais, mas também está autorizado a criminalizar a afetação de bens com reflexo nesses mesmos princípios e valores. Priorizam-se, então, as acepções da relevância constitucional do bem jurídico e de uma hierarquia entre os valores constitucionais a influir na matéria a ser penalmente disciplinada.

XIX - A teoria constitucional eclética ou mista preconiza que as teorias constitucionais são complementares e não antagônicas. Há uma relação de mútua referência, e não de identidade ou recíproca cobertura, entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais, de tal modo que se tenha um quadro de valores constitucionais que sirva de parâmetro para a intervenção punitiva estatal, estabelecendo-se uma coerência na criminalização. A teoria constitucional eclética confere maior precisão aos contornos da atividade do legislador ordinário no que se refere a limitação, legitimação e imposição da intervenção do Direito Penal.

XX - O conceito material de bem jurídico-penal é integrado pela referência aos valores constitucionais, pelos princípios político-criminais da dignidade penal e da carência de tutela penal, e pela coerência da criminalização com a ordem axiológica constitucional.

XXI - A fonte valorativa do Direito Penal encontra-se na Constituição e exige um processo de filtragem para que se aquilatem quais bens jurídicos são merecedores de sua proteção, concretizando-se os bens jurídico-penais por meio da ordenação axiológica constitucional.

XXII - O princípio político-criminal da dignidade penal decompõe-se em dois referentes, quais sejam, a dignidade do bem e a danosidade social da conduta, esta última como lesão ou perigo de lesão de tal gravidade ao objeto de tutela que sejam insuportáveis às condições sociais essenciais à livre realização da personalidade humana. Dupla é a valoração que se leva a efeito no juízo de dignidade penal: a dignidade penal do bem jurídico e a dignidade penal da conduta (danosidade social), satisfazendo-se o princípio da fragmentariedade.

XXIII - No juízo de carência de tutela penal ou necessidade de pena haverá a incidência do princípio da proporcionalidade, por meio do princípio da adequação, analisando-se a aptidão da pena para alcançar a finalidade do Direito Penal (proteger bens jurídicos com relevância constitucional), e do princípio da subsidiariedade, pois a sanção penal deve ser a única forma de tutelar os bens jurídicos cuja dignidade penal foi afirmada, o que não seria obtido com meios menos gravosos.

XXIV - A proporcionalidade em sentido estrito, embora também inserida no juízo de carência de tutela penal, ao funcionar como critério de exame da justa medida da sanção penal, atine

mais particularmente ao juízo de dignidade penal, ponderando-se os valores em jogo: o bem jurídico protegido com espeque em valores constitucionais, a forma e o grau em que é atingido, e o valor restringido ou privado com a pena, atendendo-se ao ideal de justiça material e a preservação da dignidade humana.

XXV - Há uma relação intensa, mas não identidade absoluta, entre o juízo de dignidade penal e o juízo de carência de tutela penal, o que revela uma tendência convergente entre, por um lado, a magnitude do bem a ser protegido e a intolerabilidade social de sua lesão ou perigo de lesão, e, por outro, a necessidade da pena.

XXVI - A elevada dignidade penal de um bem jurídico, com referência na ordem axiológica constitucional, e a elevada dignidade penal da conduta que o atinge não podem ser olvidadas na aferição da necessidade da pena para a decisão de criminalização/descriminalização. Deverá ser evitada uma ordem de bens jurídico-penais que subverta a ordem dos valores constitucionais, sendo essa subversão acoimada de inconstitucionalidade.

XXVII - Os direitos ou interesses supraindividuais são categorizados como direitos fundamentais de terceira dimensão, tendo sido recepcionados pela ordem constitucional. Revestem-se de essencialidade, reclamando a verificação de sua incorporação ao sistema punitivo como bens jurídico-penais.

XXVIII - Dentre as teorias que discutem a legitimidade da intervenção punitiva, conforme a distinção entre bens jurídicos individuais e supraindividuais, o dualismo oferece a exata compreensão de um Direito Penal centrado no homem, mas sem descurar de sua dimensão comunitária, condizente com a dignificação constitucional dos bens difusos e coletivos, indicativo seguro do merecimento de tutela penal.

XXIX - A legitimação e a imposição de criminalização não se sobrepõem, havendo um núcleo próprio do Direito Penal, que lhe é irrenunciável, constituído dos valores mais essenciais à vida do homem em sociedade, o que demanda uma obrigatória intervenção punitiva estatal, limitando a liberdade de configuração do legislador penal.

XXX - Há um significativo número de mandados expressos de criminalização na Constituição Federal de 1988, alguns previstos em razão de experiências históricas e outros visando a intensificar o controle penal em face de fenômenos que se procura combater radicados na estrutura socioeconômica do país.

XXXI - Os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva como imperativos de tutela, exigindo uma atuação ativa do Estado para sua proteção. A verificação dos mandados implícitos de criminalização em razão de um imperativo de tutela deve ser levada a efeito a partir de critérios seguros de reconhecimento, que dizem respeito a um núcleo de bens jurídicos de primordial importância, intrinsecamente ligados à dignidade humana, e de condutas que os afetam com inequívoca danosidade social.

XXXII - O Direito Econômico é o conjunto de princípios e valores que integram a ordem jurídica econômica, conformando a intervenção estatal na Economia de diversas formas. O fundamento teórico do Direito Econômico é encontrado no conceito de ordem pública econômica, o bem jurídico que lhe cabe proteger.

XXXIII - O Estado pode intervir sobre domínio econômico por meio de sua atuação por direção, a qual é integrada por normas jurídicas de controle que impõe sanções de natureza administrativa ou penal às condutas que afetem o interesse público consubstanciado nos princípios e valores que conformam a ordem econômica.

XXXIV - Os fundamentos, objetivos e princípios constitucionais que conformam a ordem econômica são dotados de forte carga axiológica e coadunam-se com os princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

XXXV - A ordem econômica designa a Economia do modo como se apresenta no mundo dos fatos e a parcela da ordem jurídica, o sistema de normas que a regula, visando a transformar a realidade das situações econômicas. A ordem jurídica econômica e a Constituição econômica formal possuem significado análogo. A Constituição econômica formal é o conjunto de normas e princípios constitucionais que rege o sistema econômico e contém a ordenação essencial da atividade econômica.



XXXVI - A Constituição econômica formal brasileira é constituída pelas normas constitucionais que dispõem sobre os fundamentos, o fim e os princípios da ordem econômica e de inúmeras outras normas da Lei Maior que não se encontram inseridas no Título VII da Constituição Federal de 1988.

XXXVII - A ordem econômica, ao consagrar valores sociais e coletivos, demandando a atuação estatal no domínio econômico para a realização da justiça social com a finalidade de promover concretamente a dignidade humana é um bem jurídico revestido de dignidade penal em face de sua inequívoca relevância constitucional.

XXXVIII - O Direito Econômico fornece o substrato conceitual da ordem econômica, para a qual se destina uma proteção fragmentária, justificando-se sua tutela penal somente para as agressões e ameaças mais graves que lhe são dirigidas. As condutas graves que atingem a ordem econômica apresentam elevada dignidade social, mas são dificilmente detectadas e dizem respeito a vítimas abstratas e indeterminadas, gerando cifras negras que recomendam a intensificação do seu controle através do Direito Penal.

XXXIX - A Constituição econômica formal brasileira é uma fonte valorativa para o Direito Penal, pois os valores consagrados pela ordem econômica constitucional servem como parâmetro de referência para a escolha dos bens jurídicos a serem tutelados pelo legislador ordinário por meio do conjunto de normas que integram o Direito Penal Econômico.

XL - Não há um mandado expresso de criminalização com relação às condutas lesivas à ordem econômica como um bem jurídico diretamente protegido. É possível identificar mandados de criminalização expressos no que tange à tutela específica de bens jurídicos relacionados ao caráter conformador da ordem econômica.

XLI - A ordem econômica possui vasto conteúdo valorativo que não permite uma resposta afirmativa e global no sentido da existência de um mandado implícito de criminalização, não se pondo em causa a legitimidade de criminalização das condutas para a tutela indireta de bens de elevada dignidade penal em face de graves ataques no âmbito da proteção das relações de consumo e da saúde pública, os quais transcendem para afetar a ordem econômica em sentido amplo.

XLII - A tutela penal da ordem econômica é levada a efeito pelo Direito Penal Econômico, o qual não pode ser definido conforme uma tipologia de agentes, mas sim com fulcro no substrato conceitual do bem jurídico que visa a proteger, qual seja, a ordem econômica, cuja relevância constitucional legitima sua tutela penal.

XLIII - O conceito de Direito Penal Econômico deverá contemporizar sua acepção ampla e estrita, norteando-se pela Constituição econômica formal que regula a intervenção estatal na vida econômica e as instituições e mecanismos de produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

XLIV - O Direito Penal Econômico é a expressão mais candente do fenômeno da expansão do Direito Penal em face dos novos riscos das sociedades pós-industriais que afetam os bens supraindividuais, demandando a antecipação da tutela penal por meio de tipos de perigo abstrato, os quais não ofendem o princípio da ofensividade desde que se revistam de um mínimo de perigosidade à ordem econômica ou ao bem jurídico intermédio.

XLV - O Direito Penal econômico caracteriza-se pela mutabilidade decorrente da situação econômica conjuntural de um país, reclamando o emprego de tipos abertos, de normas penais em branco e da interpretação analógica, desde que justificadamente e em observância ao princípio da reserva legal.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Vol. I. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 1990.
- ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milão: Giuffrè Editore, 1983.
- ARAÚJO, Luís Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo, RT, 1995.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira, 2ª ed., 3ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BAJO FERNANDÉZ, Miguel, BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001.
- BALDAN, Edson Luís. *Fundamentos do direito penal econômico*. Curitiba, Juruá Editora, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 7, 2ª. ed. São Paulo, Saraiva, 2000.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Editorial De Palma, 1943.
- \_\_\_\_\_. *La doctrina del delito-tipo*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. *Direito penal do consumidor: capítulo do direito penal econômico*. *Revista do direito do consumidor*, vol. I. São Paulo: RT, março-1992.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, Julio Cesar Faira Editor, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Do estado liberal ao estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Antonio Carlos Campana. São Paulo: José Butshatsky Editor, 1978.

BOTTINI, Pierpalo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT. 2007.

BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato. Novissimo digesto italiano*. XIX. Torinese, 1957.

BUSATO, Paulo César, HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves de. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

\_\_\_\_\_. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMPANHOLE, Adriano, CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Bel Horizonte: Del Rey, 1998.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COLEMAN, James William. *A elite do crime: para entender o crime de colarinho branco*. 5ª ed. Trad. Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COPETTI, André (Org.). *Criminalidade moderna e reformas penais. Estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1971.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal e direito de mera ordenação social. Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito penal económico. Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 2, Fasc. 2, Abril-Junho 1992.

\_\_\_\_\_. *A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de ‘bem jurídico’*. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

\_\_\_\_\_. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. *Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)*. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *A Constituição penal: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

D’ ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

D’ ÁVILA, Fabio Roberto, SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Org.) *Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT, 2006.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOLCINI, Emilio, MARINUCCI, Giorgio. Costituizione e politica dei beni giuridici. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè Editore, anno XXXVII, aprile-giugno 1994.

DOTTI, René Ariel. Algumas reflexões sobre o direito penal dos negócios. *Direito penal dos negócios: crimes do colarinho branco*. São Paulo: AASP, 1989.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FELDENS, Luciano, SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O crime de evasão de divisas. A tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público, uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. Direito penal do consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional. *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*, São Paulo: RT, 2007.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello Camargo, MILARÉ, Édís, NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*, trad.: Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller Editora, 1996.

FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Trad. Heloisa Estellita Salomão. *Revista dos Tribunais*, vol. 776, jun. 2000.

FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo. *Derecho penal: parte general*. Trad. Luís Fernando Niño. Colombia: Temis, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia. O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

\_\_\_\_\_. Problemática geral das infracções contra a economia nacional. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal e estado-de-direito material: sobre o método, a constatação e sentido da doutrina geral do crime. *Revista de Direito Penal*, nº 31, janeiro-junho 1981, Forense, Rio de Janeiro, 1982.

\_\_\_\_\_. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo, RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *Liberdade, culpa, direito penal*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

\_\_\_\_\_. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

\_\_\_\_\_. *Questões do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico: parte general*. Tomo I. 2ª ed. Lima: Grijley, 2007.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e o direito antitruste*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. 1, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

GONÇALVES, Luís Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad.: Érika Mendes de Carvalho Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRECO, Luis. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. *Direito penal – aspectos jurídicos controvertidos*. BRITO, Alexis Couto de, e VANZOLINI, Maria Patricia (Coord.). São Paulo: Quatier Latin, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. *A tutela dos interesses difusos*. Ada Pellegrini Grinover (Coord.). São Paulo: Max Limonad, 1984.

GUZ, Manoella, CAMPANA, Eduardo Luiz Michelin. Bem jurídico-penal difuso ou coletivo. *Revista Lex*, n. 242, out. 2009.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, nº 18, Fev-Mar 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito penal - fundamentos, estrutura, política*. Org. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito penal libertário*. Trad.: Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad.: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HOBBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. *Comentários ao código penal*. Vol. I. Tomo 1º, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código penal*. Vol. VII. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad.: André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad.: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.



JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad.: João Baptista Machado. Coimbra: Armenio Amado Editora, 1984.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.

LUIZI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. *Revista CEJ*, nº 4, abril-98.

\_\_\_\_\_. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

\_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo. Editora 34, 2004.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro. Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: Cedam, 1979.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Vol. I. 1ª ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MARTINÉZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: RT, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal. Fundamentos e teoria do delito*. Trad.: Cláudio Viana Garcia e José Carlos Nobre Pornciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MUNÕZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Trad.: Paulo César Busato. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Comentários à Constituição Federal de 1988 – ordem econômica e financeira – arts. 170 a 192*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NOGUEIRA, Ataliba. *Medidas de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1937.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Vol. 1. 38ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2009.

OLIVEIRA JÚNIOR, JOSÉ ALCEBÍADES. *Cidadania e novos direitos. O novo em direito e política*. José Alcebíades de Oliveira Júnior (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Trad.: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Tecnos, 1986.

PEÑAREDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Trad.: André Luís Calegari e Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003, p. XIII-XIV

PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais: tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Introducción al derecho penal económico. Curso de derecho penal económico*. Enrique Bacigalupo (Dir.). 2ª ed. Madrid; Marcial Pons, 2005.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973.

\_\_\_\_\_. *Legislação penal especial*. São Paulo: RT, 1972.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª ed. 2ª tiragem. Saraiva: São Paulo, 2007.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal brasileiro*. Vol. I. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito penal econômico*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 47. São Paulo: RT, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações dos direitos humanos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 62, setembro-outubro de 2006.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, nº 04, 1999.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal: parte general*. Tomo I: *Fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Trad. Diego-Mauel Lúzon Peña, Miguel Diaz y Garcia Conçedo. Javier de Vicente Remesal. 2ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2006.

\_\_\_\_\_. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Gerson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47, São Paulo: RT, março-abril de 2004.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito. Perspectivas (re) legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Bernd Schünemann: Obras*. Tomo I. Colección Autores de Derecho Penal. Edgardo Alberto Donna (Dir.). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2009.

\_\_\_\_\_. Introdução al razonamento sistemático em derecho penal. *Bernd Schünemann: Obras*. Tomo I. Colección Autores de Derecho Penal. Edgardo Alberto Donna (Dir.). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2009.

\_\_\_\_\_. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. *Bernd Schünemann: Obras*. Tomo II. Colección Autores de Derecho Penal. Edgardo Alberto Donna (Dir.). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2009.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal das sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2ª ed. Buenos Aires: Júlio César Faria Editor, 2010

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo, RT, 2003.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supraindividuais*. São Paulo: RT, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem sobre normas penais inconstitucionais. *Revista Ajuris*, ano XXXII, nº 97, mar-2005.

SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco (White collar crime: The uncut version)*. Trad. Laura Belloqui. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, Julio César Faria Editor, 2009.

TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

TIEDMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. Barcelona: Ariel, 1985.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. 13ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad.: Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal alemán. Parte General*. 11ª ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970

YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2002.