

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O BEM JURÍDICO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Raniele Paschoa Catrolio da Silva

Presidente Prudente/SP

2013

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O BEM JURÍDICO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Raniele Paschoa Catrolio da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Gilson Sidney Amâncio de Souza.

Presidente Prudente/SP

2013

O BEM JURÍDICO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Gilson Sidney Amâncio de Souza
Orientador

Mario Coimbra
Examinador

Francisco Lozzi da Costa
Examinador

Presidente Prudente/SP, _____ de _____ de 2013.

Agir, eis a inteligência verdadeira.

Serei o que quiser. Mas tenho que querer o que for.

O êxito está em ter êxito, e não em ter condições de êxito.

Condições de palácio tem qualquer terra larga,

mas onde estará o palácio se não o fizerem ali?

Fernando Pessoa

À minha mãe, Sueli,

pele exemplo de mãe, mulher e profissional.

Obrigada por ser o meu maior exemplo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, não apenas pelo dom da vida, mas por tudo que Ele tem feito por mim, por ser meu porto seguro nos momentos de medo, por sempre ouvir minhas orações e por ter me dado capacidade de concluir esse trabalho.

Agradeço a minha família, mãe Sueli, avós Joana e Avelino, tia Roseli que, mesmo distante, foram meu conforto, minha maior certeza e minha maior segurança. Que estiveram presentes em todos os momentos, talvez não fisicamente, mas depositando em mim a confiança que nem eu mesma teria. Obrigada por terem acreditado.

Agradeço ao meu irmão, Guttierre, por toda ajuda desempenhada para a conclusão desse trabalho, por todo conhecimento transmitido e por toda paciência (ainda que não tenha sido muita) e colaboração que teve comigo durante os meses de conclusão do trabalho. Por ter sido minha família sanguínea presente, mesmo em meio a todas as brigas.

Agradeço às minhas amigas de Faculdade Carolina, Amanda, Paola, Gabriela, Fernanda, Karlinha, Luana e Juliana pelos incontáveis puxões de orelha, pelos conselhos e, principalmente, pela preocupação, não apenas delas, mas muitas vezes de suas mães (que, em muitos momentos, foram também minhas mães, principalmente me alimentando diversas vezes durante esses anos de faculdade) e pelo companheirismo durante esses cinco anos. Meus mais sinceros agradecimentos. Levarei vocês pra sempre em minhas recordações.

Juntamente às minhas amigas de Faculdade, agradeço também aos amigos que fiz fora da Faculdade, que não me arriscarei citando nomes tendo, porém a certeza de que sabem quem são, pelos ouvidos emprestados para todas minhas reclamações e por todas as vezes que fingiram interesse nas minhas falações sobre o Direito, minhas áreas de interesse, meu encanto pelo curso, meu drama diário pelo meu futuro profissional, pelos diversos problemas que, por óbvio, eu não soube solucionar e, quando solucionei, provavelmente inventei metade (e

vocês, mesmo sabendo disso, fingiram acreditar em mim) e por suportarem, da forma mais prazerosa possível, todas minhas neuras de fim de faculdade. A vocês agradeço pelos melhores anos da minha vida. Com certeza lembrarei de cada um de forma única e especial.

De igual forma, agradeço aos meus amigos de Urupês, pela compreensão na minha escolha por morar longe, pela compreensão à minha ausência e pelas diversas conversas que tivemos sobre nossa “nova fase de vida”. Essa distância só nos mostrou que amizades verdadeiras são para sempre. E vocês com certeza serão para sempre minhas, e eu, para sempre de vocês.

Agradeço à Faculdade de Direito Toledo de Presidente Prudente/SP, à todos os professores que de alguma forma colaboraram, não somente para a conclusão desse trabalho, mas também para minha formação profissional. E aos demais funcionários que, de igual importância, direta ou indiretamente, colaboraram para minha boa formação. Vocês são os melhores.

Agradeço ao meu orientador, Gilson Sidney Amâncio de Souza, não apenas pela orientação, mas também pela amizade e pelo exemplo que buscarei seguir, de jurista, estudioso e pesquisador incomparável, com quem tive a oportunidade de estagiar e acompanhar de perto o seu trabalho. Agradeço pela honra em tê-lo como amigo. Obrigada por tudo.

Agradeço a todo o pessoal do Ministério Público Estadual, em especial ao pessoal da 3ª Vara Criminal de Presidente Prudente, onde tive o prazer de estagiar e conviver durante alguns meses. Obrigada pelas tardes de discussões jurídicas, pelas dúvidas esclarecidas e também pelas conversas descontraídas que tivemos durante o tempo em que estagiei.

Ao Dr. Mario Coimbra e ao Dr. Lozzi, pela disponibilidade em avaliar meu trabalho, disponibilizando parte do seu tempo para isso. Muito Obrigada.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo primordial analisar a evolução histórica iniciada no momento que deflagrou o processo daquilo que conhecemos hoje por “sociedade de risco”, analisando as mudanças sociais advindas da sociedade industrial que teve como consequência a evolução tecnológica, científica, sociológica, cultural entre outras, e os naturais riscos delas decorrentes.

É de suma importância analisar tais mudanças e também as consequências que elas trouxeram ao nosso cotidiano, alterando o comportamento da sociedade de modo geral, devido ao surgimento de novos riscos, antes desconhecidos e não previstos, ou previstos de forma secundária e que se tornaram, atualmente, importante objeto de preocupação social e, conseqüentemente, do direito, inclusive do ordenamento jurídico-penal.

Em suma, dois problemas centrais são aqui discutidos: a evolução industrial e tecnológica e os riscos globais que dela advieram, e suas implicações na seara do direito penal, com a conseqüente alteração do direito e do processo penal.

Palavras-chave: Sociedade do risco. Modernização. Sociedade Industrial. Avanços Tecnológicos. Bem Jurídico. Direito Penal. Processo Penal.

RIASSUNTO

Questo studio ha come obiettivo principale quello di analizzare lo sviluppo storico iniziato nel momento che ha attivato il processo di ciò che è oggi conosciuto come la "società del rischio", analizzando i cambiamenti sociali derivanti dalla società industriale che ha causato il tecnologico, scientifico, sociologico e culturale e i rischi naturali che ne derivano.

È molto importante analizzare questi cambiamenti e anche le conseguenze che ne derivano per la nostra vita quotidiana, modificando il comportamento della società in generale, a causa della comparsa di nuovi rischi, in precedenza sconosciuti e imprevedibili o anticipati come secondario ed è diventato, attualmente, una importante preoccupazione sociale e pertanto del diritto, compreso il diritto-criminale. In sintesi, due problemi chiave sono discussi qui: gli sviluppi industriali e tecnologici e i rischi globali che loro e le loro implicazioni collocano nel quadro del diritto penale, con la conseguente modifica del diritto e della procedura penale.

Parole chiave: società del rischio. Modernizzazione. Società industriale. Progressi tecnologici. Bene Giuridico. Diritto Penale. Procedura penale.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 SOCIEDADE DE RISCO	14
2.1 Evolução Histórica.....	15
2.2 Insegurança.....	20
3 BEM JURÍDICO PENAL	24
3.1 Evolução Histórica do Conceito de Bem Jurídico.....	24
3.1.1 Fase Iluminista – Crime como lesão a um direito subjetivo – concepções de Birnbaum e Feuerbach.....	25
3.1.2 Positivismo – concepções de Binding e Von Liszt.....	27
3.1.3 Neokantismo e Finalismo de Hans Welzel.....	28
3.2 Teorias do Bem Jurídico Penal	30
3.2.1 Teorias Constitucionais	30
3.2.2 Teorias Sociológicas	32
3.3 Delimitação de Bem Jurídico Penal.....	33
4 BEM JURÍDICO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO	37
4.1 Direito Penal do Risco x Bem Jurídico	37
4.1.1 Bens Jurídicos Protegidos na Sociedade de Risco	37
4.1.2 Direito Penal de Risco e os Novos Riscos	43
4.1.3 Direito Penal de Risco e o Judiciário.....	45
5 O SISTEMA PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	49
5.1 A Evolução do Direito no Brasil.....	49
5.1.1 Estado Liberal	49
5.1.2 Estado Democrático de Direito.....	51
5.1.3 Garantismo Penal.....	53
6 CONCLUSÃO	55

BIBLIOGRAFIA	57
---------------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

Com a Revolução Industrial, seguida de inusitados avanços tecnológicos, especialmente nas áreas de informação e da comunicação, e o surgimento cada vez mais abundante do que chamamos de “modernidade”, ou mesmo “pós-modernidade”, emergiram não apenas consequências positivas, mas também negativas. Uma vez que o desenvolvimento social leva ao conhecimento cada vez mais aprofundado dos riscos trazidos pelos fenômenos da natureza, tal desenvolvimento acabou criando outros tipos de riscos, os chamados riscos tecnológicos. Assim, uma vez que se busca solução através dos avanços tecnológicos para tornar os fenômenos naturais menos perigosos, surgem outros riscos, desconhecidos até então e tão imprevisíveis quanto os que se buscava se defender. Com isso dificulta-se a possibilidade de saber como agir e até mesmo como se defender de tais riscos. Assim a sociedade industrial, que visava prevenir os riscos naturais, passa a ser criadora de riscos, sendo então a sociedade global do risco.

Os efeitos da modernização trouxeram novos riscos nas relações sociais que não foram previstos e só surgiram tempos após a conduta.

É cediço que para que haja avanço tecnológico, necessário se faz que se aceite o surgimento de riscos a eles inerentes, riscos esses chamados de “riscos permitidos”. Tais riscos foram aceitos pela sociedade para que os avanços pudessem ocorrer. De todo avanço emana um risco, e, para que os avanços continuem, é necessário que tais riscos sejam permitidos pela sociedade, e foi o que ocorreu. Riscos que colocavam em risco a vida ou a integridade física do sujeito eram permitidos em favor dos avanços tecnológicos. Tais riscos foram admitidos para que o progresso ocorresse no ritmo esperado. O que não se sabe, ainda, responder é até que ponto o direito penal deverá aceitar tais riscos em favor da modernização, deixando de lado ou relativizando a proteção à vida, à saúde e à integridade física das pessoas, dentre outros bens jurídicos.

O sentimento de insegurança que vem assombrando a sociedade passa a ser preocupação do Direito Penal. É então nesse aspecto que a “sociedade do risco” ou sociedade de risco passa a influenciar o Direito Penal.

Não tem esse artigo a pretensão de trazer soluções para eliminação dos novos riscos do mundo moderno, mas demonstrar a relação entre tais riscos e a evolução da sociedade, estudar o nexo entre o surgimento desses novos riscos e a necessidade de proteção jurídica de novos bens e induzir à reflexão sobre o papel do direito penal no controle desses riscos.

2 SOCIEDADE DO RISCO

A terminologia “sociedade do risco” inicialmente foi usada pelo sociólogo Ulrich Beck, ao desenvolver a teoria global dos riscos em seu livro *Risikogesellschaft* (Sociedade do Risco), e levantar questionamentos sobre ela.

Beck apresentou em seu livro, publicado em 1986, a distinção entre a sociedade industrial, que chamou de “primeira modernidade” e as consequências advindas dela, que chamou de “segunda modernidade”, ou “modernização da modernização”, ou ainda, “modernidade reflexiva”.

A primeira modernidade veio junto com os avanços industriais, a evolução das máquinas, industrialização rápida, substituição da manufatura à maquinofatura, ou seja, do trabalho exclusivamente feito à mão pelo uso de máquinas, o que implicou produzir mais em menos tempo. Houve também a sobreposição do homem sobre a natureza, passando a estudar os fenômenos e evita-los, quando possível. Nessa primeira modernidade, o núcleo cultural e social mantinha-se, ainda, focado na família.

Nesse primeiro momento da modernidade, além do advento das máquinas, iniciou-se um processo de especialização de cada trabalhador em apenas uma etapa da produção, ou seja, antes o operário sabia fazer o produto inteiro, sozinho, e cada trabalhador intervinha em toda a atividade de produção, do início ao acabamento do produto, e, após a Revolução Industrial, o trabalhador passa a se especializar em apenas uma parte da produção, até como decorrência do trabalho em série, que também é característica da Sociedade Industrial.

Antes da Revolução Industrial, o trabalho era feito de forma artesanal e manual (“manufatura”), o artesão tinha uma produção independente e familiar, pois o sujeito possuía todos os meios de produção e trabalhava na sua própria casa, juntamente com sua família. Com a Revolução Industrial e a implantação de máquinas (“maquinofatura”), o trabalho passa a ser feito por elas, mecanizado, sob o comando de um empregado. A produção passa a ser mais rápida e surge a idéia de hierarquização no trabalho (empregador-empregado).

Já na segunda modernidade, que tem como foco o aperfeiçoamento das indústrias, a família fica de lado, nascendo então uma sociedade mais individualista, visando o lucro. O indivíduo abre mão de ter uma família e vai em

busca de conhecimento profissional e, conseqüentemente, de melhores opções de emprego. A segunda modernidade está amplamente ligada à globalização, trazendo as conseqüências desta para o meio social. É também chamada de “modernização da modernização” devido ao pluralismo de modernidade, pois foi nessa fase que surgiram os grandes avanços em várias áreas, como os avanços na medicina e nos meios de transporte, a criação de hidrelétricas, entre outros progressos tecnológicos notáveis. É uma fase em constante desenvolvimento.

Com isso surge o que conhecemos hoje por *sociedade de risco*. Em suma, nada mais é do que conseqüência tardia e não esperada, advinda dos constantes avanços tecnológicos.

2.1 Evolução Histórica

Ao falar de Sociedade do Risco, não se pode deixar de lado dois momentos históricos que foram marco inicial do avanço tecnológico: o Iluminismo e a Revolução Industrial; o primeiro de caráter teórico-ideológico e a segunda de natureza econômica.

O Iluminismo (século XVIII) tinha como intenção superar postulados teológicos e o dogma do poder absoluto dos monarcas, impulsionando o indivíduo em busca da razão, contra a intolerância e os abusos da Igreja e do Estado. Tinha como principais objetivos a busca pelo saber e a liberdade de pensamento. O indivíduo, ao adotar tais premissas e se desprender do ideal implantado pela Igreja, dá o primeiro passo para o individualismo.

O ideário Iluminista passou a combater o absolutismo, os privilégios da nobreza e do clero, e as regras de comportamento baseadas no misticismo e na crença religiosa. Privilegiando a racionalidade em lugar da fé, propugnava a igualdade entre os homens e limitações ao poder do Estado.

Os mesmos ideais Iluministas que forneceram as bases teóricas e ideológicas para a Independência dos Estados Unidos (1776) e a Revolução Francesa (1789) e, no Brasil, para a Inconfidência Mineira (também em 1789), deram, igualmente, alicerce para uma nova concepção de Direito Penal.

Esses ideais contribuíram para uma ampla reforma das leis, especialmente após a Revolução Francesa, com o advento do denominado

“movimento codificador”, constituindo o embrião do denominado “período humanitário” do Direito Penal: as leis penais e o processo penal agregam princípios que servem de garantia do indivíduo contra o poder do Estado, como o da legalidade, o do contraditório e ampla defesa, a proibição da retroação da lei penal mais severa, o in *dubio pro reo*, a abolição da tortura como meio de investigação; o abandono da finalidade puramente vingativa ou intimidadora das penas, etc.

A Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra em meados do século XVIII, deu causa a um grande impacto no nível produtivo global. Dela adveio o capitalismo e no capitalismo houve a criação da máquina a vapor e, conseqüentemente, a produtividade teve grande aumento, surgiram novas relações entre nações e o capitalismo tornou-se o sistema econômico vigente. Antes da Revolução Industrial, os produtos eram feitos de acordo com a necessidade de cada pessoa (se o sujeito precisava de uma peça de roupa, ia até o alfaiate e ele fazia apenas aquela peça para o sujeito); com a Revolução Industrial e conseqüentemente a produção em massa, o sujeito passa a levar em consideração os ganhos e perspectivas, deixando de focar nas necessidades do cidadão e passando a ter uma produção maior. Com isso, o sujeito passa a consumir mais do que ele realmente precisa para seu sustento, e o fornecedor a produzir cada vez mais e em maior quantidade. Em meio a esse pensamento e a vontade cada vez maior de produzir, a relação familiar deixa de ser o centro do interesse social, e o indivíduo passa a ser mais individualista. As famílias começam a ter uma nova configuração, inclusive como decorrência do deslocamento do homem do campo para as cidades, onde o trabalho era cada vez mais facilitado pelo advento das máquinas e a modernidade proporcionava cada vez mais conforto.

Com a constante devoção da sociedade a produzir cada vez mais, surgem então os primeiros vestígios de avanços tecnológicos, que foram surgindo cada vez mais rápido na medida em que se percebia a facilidade que as novas descobertas podiam trazer para a sociedade.

Pode-se afirmar, assim, que sucessor e, em grande parte, decorrência da revolução industrial, emerge vigorosa uma revolução tecnológica, notadamente no campo das comunicações, acentuando ainda mais as já grandes transformações sociais iniciadas no período industrial.

Tais avanços tecnológicos contribuem na criação dos riscos atuais. Então se pode dizer que esses riscos são reflexos não intencionais da sociedade

industrial. Os efeitos desses avanços eram inicialmente desconhecidos e só se manifestaram ou foram constatados anos após a conduta. À medida que os avanços aumentam, avolumam-se também as ameaças à base da sociedade industrial, vez que tais progressos sociais trazem consigo riscos que, por não terem sido previstos, não preocupavam, até então, a sociedade.

Existe então um paradoxo entre a produção industrial e o incremento da tecnologia cada vez mais rápidos e a lentidão para prever tais riscos.

Nas palavras de Pierpaolo Cruz Bottini (Direito Penal Contemporâneo, Questões Controvertidas, 2011, p. 112):

“O paradoxo está na massificação das técnicas e produtos inéditos cujos riscos inerentes são completa ou parcialmente desconhecidos (celulares, ondas de rádio, micro-ondas, alimentos transgênicos, queima de combustíveis), fomentada em parte pela própria demanda social por estar novidades, e a ansiedade diante deste desconhecido desejado e temido. Ansiedade sempre reforçada pelas eventuais concretizações de suspeitas catastróficas, como a descoberta de efeitos colaterais graves decorrentes do uso de medicamentos, ou os desastres ambientais relacionados a novas tecnologias de produção agrícola”

Assim, por exemplo, os meios de comunicação, cada vez mais desenvolvidos, ao criarem a internet e até então não ter nenhuma regulamentação no ordenamento jurídico, criaram também um risco ao cidadão, vez que o tornou mais vulnerável a sujeitos especializados em crimes virtuais (os chamados *hackers*), que podem invadir a privacidade ou até mesmo obter maliciosamente senhas de acesso a dados e contas bancárias; a grande produção de automóveis, criando a problemática do congestionamento em algumas cidades por não estarem preparadas para o grande aumento no número de automóveis; a poluição do ar e dos rios, consequência da instalação de indústrias; o desmatamento das florestas para a construção de usinas (caso atual da Usina Hidrelétrica Belo Monte, que está sendo construída no Rio Xingu, no Estado do Pará); entre outros casos de criação ou incremento de riscos sociais em virtude da evolução industrial, tecnológica ou científica.

Com o conflito existente entre o desejo pelo desenvolvimento e, ao mesmo tempo, o medo das consequências advindas dele, surge o paradoxo que dificulta a produção da política criminal.

Com o surgimento de tais riscos, a indústria é obrigada a preocupar-se mais com segurança e a sociedade passa a ter um comportamento diferente,

procurando então defender-se deles ou, ao menos, prevê-los, e, com isso, preocupa-se em obter maiores informações sobre as indústrias e suas produções. A industrialização passa a ser mais monitorada pela sociedade mas, ainda assim, não garante o não surgimento dos riscos.

Pierpaolo Cruz Bottini (Direito Penal Contemporâneo, Questões Controvertidas, 2011, p. 111 e 112) fala a respeito da velocidade da evolução do direito em contrapartida com as inovações tecnológicas:

“A velocidade das transformações não decorre do acaso. O modelo de organização econômica que estrutura nossa sociedade e, de alguma forma, condiciona os discursos nela produzidos, assenta-se no princípio da livre concorrência. Ainda que a materialização desta liberdade seja relativa e deficiente, a presunção da existência deste modo de funcionamento econômico pauta as relações de produção, distribuição e consumo. A disputa pelos mercados consumidores exige do agente econômico a constante inovação para produzir mais, com mais qualidade, em menor tempo e custo. A obstinação com o inédito, e com a velocidade para apresentação da novidade não é apenas fetiche, mas decorre da necessidade concreta de evitar a obsolescência e a exclusão do mercado pela carência de condições para competir
(...)

Vive-se em uma sociedade em que o modelo econômico é sustentado sobre a criação e oferecimento do novo ao consumidor, justamente porque o mercado exige a novidade e o conforto desta oferta. No entanto, o desconhecimento sobre os riscos inerentes a este mesmo novo fomenta o discurso pela diminuição na intensidade de novidades até que seus riscos sejam conhecidos.”

É a partir da percepção da sociedade de que as benesses da nova tecnologia implicam também em inéditos riscos para os indivíduos e para a coletividade é que surge a teoria do risco. Ao perceber que os riscos estão amplamente ligados à modernização, a sociedade toma consciência dos perigos dela decorrentes e passa a pensar duas vezes no que diz respeito aos avanços tecnológicos. Os riscos então passam a fazer parte de discussões públicas, tornando-se, assim, uma questão política, buscando a sociedade formas para amenizá-lo, preveni-lo ou ao menos controlá-lo.

Porém, nesse campo necessário se faz distinguir perigos de riscos, e também, riscos controláveis de riscos não controláveis. Tal distinção encontra-se muito bem explicada por Marta Rodriguez de Assis Machado, em sua obra “Sociedade do Risco e Direito Penal; Uma avaliação de novas tendências politico-criminais”, p. 37:

“(...) o termo “risco vincula-se sempre a uma decisão racional, mesmo que na pior parte das vezes se desconheça as consequências que dela possa advir; ao passo que se falar em perigo quando o dano hipotético é acarretado por uma causa exterior, sobre a qual não se tenha controle, nem sequer para evita-lo.

De outro lado, estabelece-se uma segunda distinção entre riscos controláveis e riscos incontroláveis. Se a modernidade criou mecanismos para dominar a natureza e controlar perigos e riscos, acabou dando causa ao surgimento de outros riscos, que escaparam do controle das suas instituições. Em outras palavras, se “La modernidad reduce riesgos em ciertas áreas y modos de vida, sin embargo, al mismo tiempo, introduce nuevos parámetros de riesgos desconocidos totalmente, o em su mayor parte, en épocas anteriores”¹

Pode-se, assim, extrair a conclusão de que se deve ter por “riscos” aqueles que são calculados ou decorrentes de uma escolha racional de ponderação de ônus e benefícios, o que não se confunde com o simples “perigo”. Este não resulta de ponderação, enquanto o risco é objeto de cálculo racional.

Não se pode deixar de destacar, também, os riscos “não tecnológicos”, que é o medo criado pela população, decorrente da marginalização, que surge muitas vezes devido à diferença econômica, social, falta de oportunidades, geradas, sobretudo, pela falta de uma boa base educacional e também pela grande diferença social que passou acentuar-se. Tal marginalização traz à sociedade uma sensação de insegurança, gerando uma falta de confiança, que está cada vez mais presente, nas relações sociais.

Não se pode deixar de observar que a insegurança sentida pela sociedade pode ser muito maior do que a insegurança que realmente existe. Isso acontece devido ao constante desenvolvimento dos meios de comunicação e à cada vez maior facilidade de acesso a eles. É natural que gerem sensação de insegurança fatos ocorridos próximos a nós (fatos que ocorreram com o vizinho, com o amigo, com algum familiar), mas o incremento da comunicação também leva o indivíduo a sentir-se atingidos por acontecimentos distantes (atentados terroristas no exterior, massacres, guerras, tragédias climáticas) que, onde quer que ocorram, parecem muito próximos, trazidos que são pela televisão, pela internet, pelas redes sociais. O ser humano tem a tendência, que se pode designar de “solidária”, de se identificar com a vítima do delito e, com isso, a sensação de risco torna-se de muito maior magnitude do que o risco real. Porém, é importante ressaltar que os meios de

¹ Em uma tradução livre: “a modernidade reduz riscos em certas áreas e modos de vida, entretanto, ao mesmo tempo, introduz novos parâmetros de riscos desconhecidos totalmente, ou em sua maior parte, em épocas anteriores”.

comunicação, por si só, não criam tais medos, eles apenas confirmam medos que já existiam.

O avanço da tecnologia fez com que o homem ficasse muito sensível à dor (para a maioria das dores sentidas, há um remédio que a amenize). Isso reflete na sociedade de modo que se sofre mais com menos, visto que a sociedade está desacostumada de sentir dor, então qualquer dor sentida, ainda que mínima, gera grande sofrimento. Por isso há hoje muito mais sofrimento do que nos tempos passados; porém, menos dor.

É incontestável que os avanços tecnológicos não trouxeram apenas riscos à sociedade, mas também muitos benefícios que facilitaram de diversas formas o dia a dia do cidadão. Com tais avanços, tornou mais fácil, por exemplo, o acesso à informação, o que trouxe diversos tipos de facilidades ao cotidiano das pessoas. Melhor dizendo, trouxe benefícios que facilitam a vida, reduzindo o tempo gasto em pequenas coisas, e permitindo, em contrapartida, maior dedicação a atividades de maior relevância ou interesse. Porém, tais benefícios trouxeram também maior comodidade, deixando o cidadão “mal acostumado” e dependente. Toda tecnologia desenvolvida para o uso da sociedade reflete na forma como ela se comporta hoje, tendo se tornado totalmente dependente dela (a tecnologia). Então, ainda que haja consequências negativas advindas dos avanços tecnológicos, a sociedade, ao perceber isso, não quer se desligar dessa tecnologia, pois já se tornou dependente dela, então passa a aceitar alguns riscos para manter os avanços, numa natural e compreensível relação de ponderação.

2.2 Insegurança

Para trazer o conceito de insegurança, nada melhor do que uma pesquisa nos léxicos. O Dicionário da Língua portuguesa da Porto Editora define insegurança como “falta ou ausência de segurança”. Ainda o referido dicionário ensina que “segurança” deriva do latim “*securitas*”, que quer dizer “àquilo que está livre de perigo, de danos ou de riscos” ou ainda “àquilo que é certo, firme e que não dá margem para dúvidas”.²

² Vide <http://conceito.de/inseguranca>

Uma vez estabelecido o conceito de segurança, por óbvio, pode-se entender que o sentimento de insegurança é o inverso, ou seja, insegurança remete àquele que está correndo risco, que não se sente seguro ou até mesmo aquele que tem dúvidas em relação a determinado assunto (no Direito do Trabalho, por exemplo, o empregado que não conhece o funcionamento de determinada máquina e fica inseguro em relação a seu manuseio).

Não é possível deixar de notar que insegurança pode ter vários significados, ligados a diversos aspectos. Pode haver insegurança em sair de casa, por medo da criminalidade das ruas, assim como pode haver insegurança em acessar algum sítio eletrônico devido à insegurança oriunda da ausência de leis que regulamentem relações virtuais. Então, para que se compreenda o que é a insegurança, impõe-se definir em que aspecto ela será tratada. No trabalho desenvolvido, objeto de preocupação é a insegurança social. Em suma, trata-se da insegurança da população em relação aos riscos trazidos pela própria sociedade, tanto das pessoas que estão ao nosso redor, em nossas relações diárias como as que estão distantes.

A insegurança também pode ser derivada do risco que surge devido as condutas sociais. Nos dias atuais, tem-se mais segurança devido aos equipamentos lançados para esse fim, porém, a própria conduta humana pode gerar insegurança, ainda que com maiores tecnologias voltadas à proteção. O que se quer dizer é que assim como se usa a tecnologia para fomentar a segurança, seu uso também gera maiores riscos, a longo e curto prazo. Os novos riscos que vem surgindo instalam na sociedade uma sensação além da insegurança, pois são imprevisíveis, a tal ponto de não se saber por onde começar a nos proteger. Tais violências acabam gerando dificuldade para as pessoas terem contato entre si, contato esse fundamental para o desenvolvimento de uma sociedade sadia.

É importante ressaltar que a insegurança é extremamente subjetiva. Cada pessoa irá trata-la e senti-la de forma diferente. No tocante ao Direito Penal, não se pode punir algo simplesmente baseado na insegurança, sem que se demonstre, por critérios e indicadores objetivos, uma efetiva situação criadora de risco. Para a tipificação do próprio crime de ameaça, definido no art. 147 do Código Penal, não basta que o sujeito passivo sinta-se inseguro (isto é, ameaçado), é necessário também que a ameaça seja séria, ou seja, apta a criar uma situação de sobressalto, sob um juízo axiológico objetivo. Então, não basta a sensação de

insegurança dela gerada para justificar a tipificação de uma conduta, mas também se faz necessário que o sujeito ativo, ou seja, o causador da insegurança, o esteja fazendo de forma séria, de forma a pretender, nos tipos dolosos, ou implicar efetivo perigo ainda que o resultado não seja anelado, nos delitos culposos, de causar um dano, verificável a um juízo axiológico objetivo.

A sociedade pós-industrial retrocedeu em relação aos “riscos permitidos”. Para que os avanços ocorressem, a população passou a aceitar alguns riscos, mesmo sabendo que poderiam perder a própria vida, pois se tais riscos fossem evitados, estar-se-ia excluindo a atividade industrial. A ideia adotada é que viver exige riscos. Tempos depois, percebendo que a sociedade tornava-se cada vez mais insegura, tais riscos passaram a ser repensados, de modo que a vida tornou a ser prioridade e, conseqüentemente, a segurança uma meta.

Consoante escólio de Fábio Guedes de Paula Machado (Reflexos da Modernidade no Direito Penal *in Revista de Ciências Penais*. Revista dos Tribunais, ano 9, v. 16, jan-jun 2012, pp. 49-64), “o risco seria, pois, a questão central da sociedade pós-industrial e, em última medida, o seu controle seria uma opção política por parte daqueles que detêm o poder”.

Para Claus Roxin, o correto seria a criação de hipóteses de riscos não permitidos, punindo assim crimes de perigo abstrato como forma de evitar que haja lesão, entendendo ser inviável que se espere a efetiva lesão ao bem jurídico para então protegê-lo, tornando tal proteção tardia inútil.

De outro vértice, entretanto, pondera-se que se (Fábio Guedes de Paula Machado, Reflexos da Modernidade no Direito Penal. Revista de Ciência Penais. RT, ano 9, v. 16, jan-jun 2012, PP. 49-64):

“há uma categoria de riscos que não permitem uma calculabilidade, parece claro neta concepção que o Direito Penal não seria legítimo a intervir na tutela de bens difusos e desconhecidos, inclusive se tais bens chegam a ser ameaçados ou lesionados”

Por ser essencialmente subjetivo, não é tarefa fácil relacionar a insegurança e o Direito Penal, pois nem sempre haverá como medir a insegurança ou, quais condutas geram maior insegurança. Cada conduta gera um sentimento diferente em cada ser humano, de acordo com suas vivências, experiências,

religiosidade, entre outros fatores. Cada pessoa tem uma forma única de enxergar a realidade.

3 BEM JURÍDICO PENAL

3.1 Evolução Histórica do Conceito de Bem Jurídico

Para o bom desenvolvimento do presente estudo é fundamental uma prévia abordagem sobre o bem jurídico (especificamente o bem jurídico penal). Assim, inicia-se o trabalho com uma síntese histórica da evolução do conceito de bem jurídico, desde as concepções originárias, que nasceram na primeira metade do século XIX, com Birnbaum (delito de lesão) e Feuerbach (delito como violação a um direito subjetivo) até o Direito Penal contemporâneo, com o então surgimento da hipótese da vitimização difusa e a concepção de bens jurídicos supraindividuais.

Sérgio de Oliveira Médici, de forma direta e clara, apresenta uma ideia da evolução histórica do bem jurídico penal (2004, pag. 176):

Não se identifica nas primitivas leis penais, voltadas à proteção dos soberanos e das divindades, uma noção razoável de bem jurídico, pois o rudimentar Direito Penal destinava-se quase exclusivamente ao controle social pelos detentores do poder.

[...]

A primeira tentativa de concepção de bem jurídico-penal é atribuída a Birnbaum, em trabalho publicado em 1834. Mas o conceito só recebeu contornos precisos após estudos formulados por Binding, Jhering e von Lizst.

Sendo assim, é útil aprofundar um pouco mais nos estudos formulados até chegar à atual concepção de bem jurídico penal.

3.1.1 Fase Iluminista – Crime como lesão a um direito subjetivo – concepções de Birnbaum e Feuerbach

Na primeira metade do século XIX, surge um ideal contratualista, ou seja, o delito estava fundamentado no contrato social e o crime era uma ofensa a um direito subjetivo (direito natural do sujeito ou da comunidade). Tal ideal foi obtido devido à grande influência do pensamento iluminista, notadamente das obras de Rousseau e Montesquieu, devido ao fim do absolutismo francês e o novo ideal trazido pela Revolução Francesa.

Nessa fase o direito já não estava mais ligado a ideais éticos e/ou religiosos. O delito surgia a partir da violação de regras contidas no contrato social, que era o que a sociedade seguia, e estava tão somente ligado a isso. Era no contrato social que surgia um direito e um dever de respeitar, sendo então o delito uma lesão desse direito/dever. Esse direito que surgia do contrato social era, em síntese, a liberdade.

Birnbaum e Feuerbach apresentavam propostas desse ideal contratualista.

Feuerbach concebeu o conceito de que “o delito é uma vulneração de direitos de liberdade, garantidos pelo contrato social e assegurado por meio das leis penais. Ou seja, o objeto do delito seria sempre direitos subjetivos dos cidadãos.” (Marta Rodriguez de Assis Machado, 2005, p. 103). O Estado teria então a função de garantir previamente esses direitos por intermédio das leis penais. O Estado só incriminaria aquilo que violasse um direito subjetivo individual ou aquilo que violasse um interesse do Estado.

Nas palavras de Regis Prado (Bem Jurídico Penal e a Constituição - 2009, p. 25):

A concepção material de delito como lesão de um direito subjetivo decorre da teoria contratualista aplicada no âmbito penal. Esse posicionamento – resultado da ideologia liberal-individualista dominante – apresenta-se como um conteúdo sistemático funcional – conduta punível é aquela lesiva a um direito subjetivo e liberal concreto-iminente – proteção também do direito

individual na esfera objetiva da liberdade pessoal. O direito subjetivo emerge, desse modo, como o instrumento mais eficaz para garantir tal liberdade. O delito é, assim, entendido como a conduta que transgride um direito alheio, proibida pela lei penal, a qual tem por finalidade a proteção dos direitos dos indivíduos e do Estado.

Devido à grande influência do Direito Privado, cuja garantia era a principal preocupação do pensamento jurídico liberal nascido do Iluminismo, além da forte tendência individualista, a concepção estabelecida por Feuerbach não incluía os bens coletivos, sendo essa a maior fonte de crítica a ela oposta pela doutrina.

Birnbaum, que introduziu a ideia de bem, em lugar da de direito subjetivo, no âmbito jurídico-penal continuou com o pensamento de que o direito surgia a partir do contrato social, porém, diferente de Feuerbach, para ele o delito não se tratava apenas de lesão a um direito subjetivo, mas sim de lesão a um bem jurídico. Apresenta, então, a ideia de que a lesão não deve estar ligada a direitos, mas sim a bens pertencentes aos cidadãos e que o Estado deve proteger, pois os direitos não podem sofrer lesão, nem ser diminuídos ou subtraídos, mas somente os bens. Assim, os bens jurídicos estão além do Direito e do Estado, podendo o Estado apenas garanti-lo, e não cria-lo.

Nota-se então que foi Birnbaum quem propôs que o “bem” deveria ser um objeto material, objeto esse que pudesse ser violado, para que assim ocorresse uma ação delitiva. Esse bem era preexistente à norma, sendo função do legislador apenas reconhecê-lo. Além disso, Birnbaum aceita a existência da violação de bens coletivos.

Sem dúvida Birnbaum foi responsável por um grande avanço na dogmática jurídico-penal, com a introdução da ideia de “bem jurídico”, relacionando o crime como ofensa a tal bem jurídico, quebrando, assim, o que era trazido pelo Iluminismo (crime como ofensa um direito subjetivo).

3.1.2 Positivismo – concepções de Binding e Von Liszt

Posteriormente o positivismo teve sua influência na concepção de bem jurídico. Binding e Von Liszt foram os maiores destaques nesse período.

O positivismo buscava na ciência uma forma de solução para todos os problemas sociais (“cientificismo”).

Para Karl Binding o bem jurídico é criado pela norma. Era então uma situação valorada pelo legislador e a lesão a uma norma consistia em uma infração à obediência exigida pelo Estado. Assim, a desobediência ao Estado implicava na lesão de um direito subjetivo, porém não o direito de liberdade, como dito anteriormente, mas sim lesão ao direito (verdadeiro dever) subjetivo de obediência. O bem jurídico não podia estar além do Direito e do Estado, perdendo assim seu caráter limitador e sua autonomia. Norma e bem jurídico não podem aparecer de forma autônoma, separados. Como pondera Regis Prado (2009, p. 28), na concepção de Binding “Bem jurídico é tudo que na opinião do legislador é relevante para a ordem jurídica, sendo, portanto, sua presença indispensável à configuração do delito”. Logo o bem jurídico depende da norma para limitá-lo, e tais limites são estabelecidos pelo próprio Estado. Então a lesão ao direito subjetivo de obediência estaria ligada ao próprio Estado, sendo assim uma concepção inteiramente positivista.

Para Von Liszt o bem jurídico nada mais era do que algo “estabelecido pela vida”, estando além do ordenamento jurídico, sendo pré-existentes à norma. Era a vida que estabelecia o bem jurídico, e o Direito, através das normas, protegia tais bens jurídicos, ou seja, a lei não cria, tão somente encontra o bem jurídico, já que este consubstancia, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo independe do juízo do legislador (dado social preexistente).

Nas palavras de Regis Prado (Bem Jurídico Penal e Constituição - 2009, p. 30 - 31):

“Para ele, no limite entre Política Criminal e Direito Penal está o lugar onde se situa o bem jurídico – como ponto de união. O bem jurídico bem a ser, portando, uma criação da experiência e como tal é um interesse vital do indivíduo ou da comunidade. Firma-se uma conceituação liberal de bem jurídico que precede o direito positivo, e independente dele, sendo endereçada mais ao legislador. O injusto penal compreende a conduta culpável e ilícita. Do ponto de vista formal, é ilícita quando significa transgressão de uma norma estatal (mandato ou dever) e, em sentido material, quando opera uma lesão ou perigo de lesão a um interesse vital garantido pela norma (bem jurídico).”

Liszt apresentava um conceito objetivo-subjetivo, sendo o objetivo pertencente ao injusto (que acarretava um dano social físico) e o subjetivo a culpabilidade (que, por sua vez, acarretava a um dano social psíquico).

Grandes críticas surgiram a respeito do sistema estabelecido por Von Liszt, considerado algo muito vago, vez que ele não havia estabelecido um limite ao poder do Estado, não havia definido o que seriam os “interesses vitais” ou as “condições estabelecidas pela vida”, não sendo possível assim delimitar o que seria protegido pelas normas.

3.1.3 Neokantismo e Finalismo de Hans Welzel

Em seguida surge o pensamento neokantista, trazendo a concepção teleológica do bem jurídico. Nesse momento, o bem jurídico passa a ter um valor cultural, ou seja, seria considerado bem jurídico aquilo que tivesse, de alguma forma, valor cultural, perdendo a ideia de “valor material do bem”.

Surge primeiramente com Honig que trata o bem jurídico como a interpretação dos tipos penais, deixando de lado o núcleo material do “injusto”. Para ele o bem jurídico se limitava a categoria interpretativa, tendo sempre em vista o “*ratio legis*” dos preceitos particulares. O bem jurídico perde sua função garantista.

Posterior a Honig, uma nova concepção, estabelecida pela Escola de Kiel, apresenta o bem jurídico como conteúdo material do injusto. O injusto passa a ser a lesão de um dever, deixando de lado o indivíduo. Assim, mais uma vez, o bem

jurídico perde seu caráter garantista. A interpretação da “lesão” é dada pelo Estado. Assim, deixa de existir limite pré-jurídico na intervenção do Estado no Direito penal.

O neokantismo Não vem para negar o positivismo, mas sim para supera-lo, nas palavras de Luiz Regis Prado (2010, p. 104):

“[...] não passando, assim, de uma teoria complementar do positivismo jurídico. Isso porque não se modificou o objeto (aspecto objetivo), tão somente se acrescentou o sujeito (aspecto subjetivo) ao conceito de realidade cognoscível pela ciência jurídica. Desse modo, não é demais afirmar que o neokantismo não passa de uma forma de positivismo jurídico, aberto à filosofia dos valores. Nada obstante, o neokantismo, ao cultivar um modelo lógico-formal para o Direito, não só manteve, como desenvolveu ainda mais o arraigado axioma da legalidade positivista (já presente no positivismo sociológico).”

O neokantismo preservou o critério objetivo-subjetivo imposto pelo positivismo. Assim, a culpabilidade precisava se associar a algum fundamento objetivo, porém, alguns tipos necessitavam de elementos subjetivos, tornando assim inviável a completa objetividade do injusto.

Percebendo que subjacente à estrutura do neokantismo permanece o ideal positivista a concepção neokantista perde força.

No período subsequente à Segunda Guerra Mundial, Hans Welzel é o nome de maior destaque.

Cria a Teoria Finalista em busca da superação do positivismo (porquanto o neokantismo não atingiu tal desiderato), defendendo que o direito penal deve proibir aquilo que for intencional. Analisava aspectos objetivos (contrariedade à lei) e subjetivos (dolo ou culpa) na conduta.

Nesse momento o bem jurídico situa-se além do Direito e do Estado, vinculado aos valores ético-sociais, para assim alcançar uma real proteção aos bens jurídicos socialmente importantes, colocando em segundo plano os bens jurídicos particulares, vez que a preocupação maior de proteção estava focada no caráter ético-social, na consciência, e em todas as características dos bens jurídicos coletivos.

Para Grácia Martin (*apud* Luiz Regis Prado, 2010, p.105):

“O critério valorativo fundamental do respeito à dignidade humana, como um princípio de justiça imanente ao Direito e de validade *a priori*, imponderável e intangível; este, e não a finalidade nem o dolo inserido no tipo, constitui o elemento essencial e o fundamento último do finalismo.”

Percebe-se uma total responsabilização do homem pelo seu agir, tendo total vinculação à teoria finalista. Nota-se que a valoração jurídica deve ser feito no momento final da ação, sob um critério lógico-objetivo.

3.2 Teorias do bem jurídico penal

Atualmente, duas são as correntes de maior destaque para o melhor entendimento do bem jurídico penal: as teorias constitucionais e as teorias sociológicas. Ambas as teorias serão abordadas a seguir.

3.2.1 Teorias Constitucionais

As teorias constitucionais, assim como boa parte do Direito Penal, se embasam na doutrina Italiana, que tem ampla aceitação de tais teorias. Tais teorias têm a Constituição como ponto de referência aos valores que devem ser defendidos pelo Direito Penal.

A justificativa para tanto é de que, sendo a Constituição onde se encontram os principais valores cuja preservação e tutela são necessárias para que a paz social seja mantida, com base nos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, alguns desses valores merecem respaldo também no Direito Penal.

Parte-se da premissa de que o bem jurídico é uma realidade empírica, pré-jurídica, que recebe, como resultado de uma apreciação axiológica, a tutela constitucional, que é conferida especialmente aos bens mais valiosos extraídos do

substrato histórico-social. E assim, sendo função do Direito Penal a proteção dos valores mais caros à sociedade, é no seio da Constituição que deve a lei penal buscar os bens jurídicos que compõem seu objeto de tutela.

Sergio de Oliveira Médici expõe tal entendimento (2004, p. 177):

“Após longo período de debates em torno da questão, Claus Roxin propôs tomar a Constituição como limite dos bens jurídicos-penais. A Carta Magna, assim, exerceria referencial obrigatório na seleção dos bens tutelados penalmente. A proteção penal, portanto, encontra fundamento na Constituição, na medida em que esta elege os valores mais relevantes da sociedade.”

Tais teorias se dividem em duas correntes diversas: a corrente constitucional ampla e a restrita.

Para os seguidores da corrente ampla (ou genérica), o legislador pode ter como bem jurídico penal não só valores que estão expressos na Constituição, como também valores implícitos, tendo então o legislador penal maior liberdade na formulação de seus tipos penais, desde que os valores por ele tutelado não sejam contrários a nenhum valor protegido na Constituição. Assim, a Constituição confere apenas um parâmetro geral dos valores que devem ser resguardados pelo Direito Penal, não precisando o legislador, ao criar as leis, ater-se de forma tão rígida à Constituição.

A corrente ampla ou genérica sofre crítica por dar “excesso de liberdade” ao legislador criminal, em prejuízo da limitação do *jus puniendi* estatal.

Já na corrente restrita, como sugere seu e próprio nome, há maior restrição aos valores que poderão ser resguardados pelo legislador penal. Para essa corrente, somente os valores contidos explicitamente na Constituição são os que o Direito Penal poderá resguardar. Justificam tal posição sob a lógica de que, uma vez eleitos pela Constituição, são valores realmente importantes para a sociedade, e, por sua especial relevância, aparecem explicitamente na Constituição, não sendo viável a proteção, no âmbito penal, de bens jurídicos apenas implícitos na Constituição. Escora-se no argumento do “direito penal mínimo”, vez que, o direito penal deverá ser sempre o último meio a ser usado na tutela do bem, a “*ultima ratio*”.

A maior crítica a essa corrente está no fato de que, uma vez “preso” a à Lei Maior, o legislador criminal não acompanha os avanços da sociedade, visto que a Constituição tende a envelhecer, e é de suma importância que o Direito Penal esteja sempre se renovando conforme a sociedade muda. Ainda que a Constituição Brasileira apresente várias formas de se atualizar, tais como as emendas constitucionais, não seria viável para o legislador criminal correr o risco de ficar “desatualizado” diante de alguns valores que, devido a suma importância, seriam objetos de proteção penal.

Ademais, a Constituição não é algo que possa trazer absoluta segurança, tendo em vista dados históricos de constituições outorgadas. Historicamente também não se pode nos esquecer de constituições que não traziam valores primordiais para a manutenção da paz social, como é o exemplo do nazismo, que se constituía em um Estado Constitucional.

Assim, nota-se que o valor do bem jurídico não deve ser embasado naquilo trazido pela Constituição.

3.2.2 Teorias Sociológicas

As teorias sociológicas pregam que o delito é uma conduta socialmente danosa, ou seja, o delito é algo que vai contra o funcionamento normal da sociedade. Os limites da intervenção penal na sociedade devem estar ligadas a uma “função social do direito penal”. Tal função do Direito penal se resume em garantir paz, harmonia, segurança, etc., aos cidadãos, sendo o Direito penal responsável por isso sempre que nenhuma outra área do direito se mostrar capaz de resolver (Princípio da Fragmentariedade).

Uma das teorias sociológicas é a chamada teoria funcionalista-sistêmica. Nessa teoria, sendo o sistema social um conjunto de funções, o delito surge como uma disfuncionalidade.

Regis Prado (2010, p. 111), ao tratar do assunto:

“O delito é visto como um indício da falta de fidelidade ao Direito (é o ato comunicativo que atenta contra essa fidelidade) que põe em perigo a vigência do sistema normativo, derivando daí a resposta penal como reafirmação daquele.”

A dificuldade encontrada nessa teoria é a falta de explicação do porque tutelar tal bem e qual bem será tutelado. Há uma grande confusão entre a realidade fática e a realidade normativa, vez que o Estado não limita o bem jurídico penal.

Ademais, surge também outra teoria sociológica, chamada teoria do conflito. Nessa teoria o Direito penal é considerado um subsistema que tem como finalidade ajudar a manter o controle social.

Devido às diversas críticas as teorias sociológicas, as que tem ganhado maior número de adeptos tem sido as teorias constitucionais.

3.3 Delimitação de bem jurídico penal

A delimitação do bem jurídico penal é muito difícil, vez que o direito penal implica consequências de natureza demasiado severas. Deve ser tutelado apenas aquilo que outro ramo do direito não se fizer suficiente para proteger, vez que o direito penal, ao tutelar um bem, coloca em risco pressupostos fundamentais, tais como dignidade da pessoa humana e a liberdade do cidadão, sendo tais direitos garantidos pela Constituição Federal, para que seja mantido o Estado Democrático de Direito. Por isso o direito penal deve ser um “direito penal mínimo”. Limita-se a tutelar bens jurídicos de extrema importância, ainda assim contra as agressões mais intensas.

Nas palavras de Sérgio de Oliveira Médici (2004, p.175):

“Justifica-se a elaboração dos tipos penais pela objetividade jurídica, isto é, pela existência de bens ou interesses jurídicos de relevo a serem protegidos. Vida humana, saúde física e mental, liberdade, honra, patrimônio, e tantos outros, constituem bens juridicamente relevantes, cuja defesa não pode ficar restrita ao campo extrapenal.”

Assim, o direito penal atua como *ultima ratio*, unicamente para a proteção de bens jurídicos, sendo necessário também que haja um ataque lesivo (ou potencialmente lesivo) a tal bem jurídico para que o direito penal entre em ação. O que exceder disso não é campo de atuação do direito penal. Visa a proteção de bens jurídicos e não uma garantia do controle estatal.

Justamente por conta disso, é de suma importância a delimitação de bem jurídico penal, vez que o bem a ser tutelado é elemento estrutural de todo e qualquer tipo penal.

Tal importância é muito bem explicada nas palavras de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 402-403):

“[...] Embora seja certo que o delito é algo mais – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade. É por isto que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de *telos*, fim) à lei penal. Sem o bem jurídico, não há um “pra quê?” do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura “jurisprudência de conceitos.”

Assim, sendo então de suma importância a definição de bem jurídico, a doutrina moderna vem influenciando a delimitação de bem jurídico penal baseada na Carta Magna. Mas ainda assim tal delimitação não tem fixação exata, visto que vários fatores interferem nessa delimitação, entre eles o desenvolvimento tecnológico e científico.

Sérgio de Oliveira Médici, a esse respeito (2004, pag. 180):

“Acrescente-se que este, provavelmente, não seja o único conceito incompleto no campo jurídico-penal. Tal dificuldade decorre da fluidez da valoração dos bens que devam merecer tutela penal, diante da modificação dos padrões sociais e morais ao longo do tempo, das novas descobertas científicas e tecnológicas, das transformações culturais, etc.”

Notadamente a evolução social tem sido cada vez mais veloz e o Direito (incluindo o Direito Penal) deve acompanhar tal evolução. Assim, pode-se afirmar que em cada momento da história da humanidade, delineia-se necessário

proteger diferentes bens, de acordo com as necessidades de cada época e os princípios e anseios dos cidadãos da época.

É notório, destarte, que a conformação histórico-social da sociedade reflete diretamente na concepção do bem jurídico, já que as contingências sociais de determinada época é que determinam os valores ético-sociais que devam merecer a especial proteção do Direito Penal.

No entanto existem bens que, mesmo diante de todas as alterações sociais, permanecem

É importante lembrar que bem jurídico não deve ser confundido com objeto material.

O objeto material é a pessoa/coisa que suporta a ação do sujeito ativo. Já o bem jurídico é aquilo que está sendo tutelado. O objeto material muitas vezes será confundido com o sujeito passivo.

Sérgio de Oliveira Médici explica de forma categórica (2004, p. 175):

“Objeto jurídico, para o Direito Penal, é o bem ou interesse protegido pelas normas incriminadoras. Não se confunde com o *objeto material* do delito, que consiste na pessoa ou coisa sobre a qual incide a conduta do agente. Assim, por exemplo, no crime de furto, o objeto material é a coisa alheia subtraída; o objeto jurídico é o patrimônio da vítima.”

Sobre o mesmo assunto, Regis Prado (Bem jurídico-penal e a Constituição, 2010, p. 43-44):

[...] objeto da ação vem a ser o elemento típico sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal. Trata-se do objeto real (da experiência) atingido diretamente pelo atuar do agente. É a concreta realidade empírica a que se refere a conduta típica. Essa realidade – passível de apreensão sensorial – pode ser corpórea (v.g., pessoa ou coisa) ou incorpórea (v.g., honra)

[...]

Isso significa que o objeto material pode ou não coincidir com o bem jurídico (e vice-versa). Manifesta-se o primeiro caso na forma corpórea (v.g., a coisa alheia subtraída, no delito de furto) ou incorpórea (v.g., a honra atingida, no delito de injúria). De acordo com a construção típica, o delito pode ter ou não um objeto da ação (exemplo desta última hipótese é o delito de mera atividade).

Trata-se, portanto, de uma exigência decorrente da estrutura do próprio tipo de injusto objetivo. Não é, portanto, uma característica comum a qualquer delito, pois só tem relevância quando a consumação depende da alteração da realidade fática do mundo exterior.”

Nota-se então que ao sentir de alguns doutrinadores é possível a existência de crime sem objeto material. Para outros, porém, é inadmissível a existência de um delito sem que haja bem jurídico, visto que consideram o bem jurídico a essência do Direito Penal, de modo que, à míngua de um bem jurídico subjacente, não se pode falar em fato criminoso.

4 BEM JURÍDICO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

4.1 Direito Penal de Risco x Bem Jurídico

Os novos riscos que vem surgindo na sociedade trazem consigo um grande problema para o direito penal: a adaptação do Direito penal à esses novos riscos em contrapartida aos princípios clássicos do Direito penal.

A preocupação em torno da atuação do direito penal como ultima *ratio* trouxe sérias reações no mundo do Direito, vez que, ainda que esteja sob a luz do Princípio da Intervenção Mínima, os demais ramos extrapenais não estão aptos para proteção dos novos valores, tornando assim necessária (e legítima) a atuação do direito penal.

4.1.1 Bens jurídicos protegidos na Sociedade de Risco

De um lado encontra-se uma parcela mais rígida do Direito penal, que defende que só está no âmbito de proteção penal aqueles bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo, respeitando princípios e regras clássicas, tendo a teoria do bem jurídico estritamente individualista como base. De forma contrária a esse pensamento há um posicionamento mais flexível, onde o direito penal é o responsável pelos novos riscos e inclui em seu âmbito de proteção bens jurídicos supra-individuais.

Seguindo a ultima vertente, Schünemann critica a concepção estreita e limitada do direito penal clássico, vez que à proteção penal aos novos riscos garante condições saudáveis para o desenvolvimento social. Ademais, deve o direito penal seguir a evolução da humanidade e, também, os direitos e obrigações que surgirem como consequência, não devendo estar limitado a determinados momentos. Levanta

um ponto importante relacionando o direito penal e o desenvolvimento social “... onde mais pode ser necessário o direito penal que na proteção dos bens jurídicos que, a exemplo do meio ambiente, garantem a manutenção geral das condições para que todos os demais bens possam sobreviver e prosperar?” (*apud* Marta Rodriguez de Assis Machado, 2005, p. 181).

Para os autores da Escola de Frankfurt, o direito penal não é capaz de conter os novos riscos, devendo se limitar às condutas que violem bens jurídicos indispensáveis (vida, saúde, etc.), com intuito de manter a menor intervenção estatal, garantindo assim maior liberdade. Então, os novos riscos somente seriam objeto da ação penal quando lesionassem efetivamente bens jurídicos indispensáveis.

Hassemer traz a proposta de criação de um novo direito, que estaria entre o direito penal e o direito administrativo, sendo esse um direito de intervenção.

Indaga que o direito penal atual tem se afastado do ideal de direito penal mínimo e se tornado instrumento de controle de grandes problemas sociais, e que o direito penal não é o instrumento adequado para tratar de tais institutos. Para ele, o direito penal deve proteger direitos individuais, assegurando princípios constitucionais; em outras palavras, o direito penal deve ser resguardado para reprimir ataques violentos e de maior amplitude aos bens jurídicos fundamentais, deixando os novos riscos por conta do direito administrativo, através das normas do direito de intervenção, que deverá desenvolver técnicas de minimização dos efeitos das tecnologias atuais e futuras, protegendo a coletividade e proibindo condutas perigosas.

Tais normas do direito de intervenção seriam normas flexíveis, não tendo a privação da liberdade como forma de sanção, sendo a condução do processo menos rígida, assim como também seriam menos rígidas a descrição dos ilícitos e a aplicação das sanções cabíveis.

Hassemer, diferente do direito penal brasileiro, não concorda com a criação dos “crimes de perigo” e sua grande atuação. Para ele, como já foi dito, os novos riscos não são interesse do Direito Penal, e sim do Direito Administrativo, não havendo necessidade da criação de tais crimes de perigo.

A ideia de direito de intervenção apresenta pontos negativos. É uma ideia que caracteriza, de certa forma, uma válvula de escape para a criminalidade econômica, protegendo assim as classes mais abastadas, direcionando o direito penal e a prisão aos delinquentes tradicionais, das classes menos favorecidas da sociedade. Percebe-se então que as normas do direito de intervenção não estão aptas para serem aplicadas ao direito brasileiro.

Silva Sánchez propõe outra ideia em relação ao direito penal de risco. Para ele, o uso dos crimes de perigo abstrato é válido, devendo porém ter cuidado ao confrontar princípios básicos consagrados pelo direito (presunção de inocência, culpabilidade, devido processo legal, legalidade e jurisdicionalidade).

Adota uma postura intermediária, não defendendo nem o tradicionalismo clássico nem a expansão do direito penal. Para Sánchez o problema não se concentra na expansão do direito penal, mas sim na expansão da pena privativa de liberdade. Então defende a expansão do direito penal para que cuide dos novos crimes, porém tal expansão não se comunicaria as penas privativas de liberdade.

Como forma de solução, propõe um direito penal que faça frente aos novos riscos, o que chama de direito penal de duas velocidades, sendo a primeira velocidade (direito penal nuclear) o direito penal da prisão, mais rígido, trazendo os princípios clássicos do direito penal liberal, e a segunda velocidade (direito penal periférico), trazendo as penas pecuniárias e/ou de privação de direito, mais flexíveis que a primeira velocidade, com sanções menos intensas, protegendo assim a criminalidade moderna. A pena privativa de liberdade seria exclusiva do direito penal nuclear, protegendo então os bens pessoais, enquanto a zona periférica protegeria os bens coletivos, com menor intensidade, impondo penas patrimoniais e restritivas de direitos.

Para ele, a expansão do direito penal deve trazer consigo a minimização do rigor das penas, ou seja, substituir as penas privativas de liberdade pelas penas pecuniárias, privativas de direitos ou então pela reparação penal, aproximando tais penas as penas trazidas pelo direito administrativo, não deixando, porém, de fazer parte do âmbito penal. Assim, deverá haver também uma flexibilização dos princípios tradicionais. Desta forma haverá o direito penal que se preocupa com os bens jurídicos individuais e também o que se preocupa com os

bens jurídicos coletivos, sendo que apenas na segunda hipótese haveria a dita flexibilização do direito penal, com intuito de amparar os novos riscos trazidos pelo desenvolvimento tecnológico. Dessa forma manteria o modelo clássico do direito penal e, ao mesmo tempo, haveria também uma flexibilização das medidas de incriminação a fim de atender as novas demandas.

Para Sánchez, a sociedade atual não está disposta a admitir o que chamamos de “direito penal mínimo”. Porém, não se faz necessário que se crie um “direito penal máximo”.

Na obra “A Expansão do Direito Penal” (2002, p. 145), Silva Sánchez explica seu ideal:

“A função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição pode dar lugar a um produto que seja, por um lado, funcional e, por outro lado, suficientemente garantista. Assim, trata-se de salvaguardar o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível dos delitos, aos quais se assinala uma pena de prisão. Em contrapartida, a propósito do Direito Penal econômico, por exemplo, caberia uma flexibilização controlada das regras de imputação (a saber, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro etc.), como também dos princípios político-criminais (por exemplo, o princípio da legalidade, o mandato de determinação ou o princípio de culpabilidade). Tais princípios, efetivamente, são suscetíveis de uma acolhida gradual e, da mesma forma que se dá hoje entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, não teriam porque ser integrados em idêntica medida nos dois níveis de Direito Penal, com ou sem penas de prisão.”

Percebe-se que a diferença entre as propostas apresentadas por Hassemer e Sánchez está radicada em que aquele propõe a criação de um novo ramo, qual seja, o direito de intervenção, enquanto este propõe uma cisão junto ao direito penal, estabelecendo duas velocidades diferentes, internas ao sistema. Para Silva Sánchez, manter tais condutas dentro do direito penal, traria maior credibilidade e maior respeito, devido a rigidez com que o direito penal se apresenta perante a sociedade. Seria uma forma de demonstrar maior seriedade às punições. Ademais, evitaria também a criação de um direito penal de classes.

Partindo da premissa de que a expansão do desenvolvimento tecnológico e científico no período pós-industrial impõe um novo perfil de direito punitivo, Silva Sánchez nomeia “Direito Penal de segunda velocidade”, em cujo

âmbito, de um lado a pena de prisão é substituída por sanções de outra natureza, a exemplo da multa e das penas restritivas de direitos, e de outro, em compensação, são proporcionalmente atenuados ou arrefecidos os rígidos princípios de garantia próprios do chamado “Direito Penal clássico”; tudo isso sem desviar-se para fora do sistema do Direito Penal para enveredar por um “Direito Administrativo” sancionador.

Renato de Lima Castro (Direito Penal Contemporâneo, 2007, p. 134) demonstra o seguinte posicionamento a respeito de ambas as propostas:

“Tanto a proposta de Hassemer como a de Silva Sánchez não convencem. Assim, a simples pretensão de conferir nova roupagem ao direito penal, por meio da criação de um direito de intervenção ou um direito penal de duas velocidades, consubstancia inegável “burla de etiqueta”, que não altera a realidade das coisas. O direito penal não pode fugir dos problemas que afligem o século XXI, porque a sociedade atual possui conflitos que o século passado desconhecia.”

Importante lembrar que existe também um Direito Penal de terceira velocidade. Essa terceira velocidade guarda estreita relação com o que foi designado pelo seu próprio teórico, Günther Jakobs, de *Direito Penal do Inimigo*.

A concepção de um *Direito Penal do Inimigo* é fruto da denominada *teoria funcionalista sistêmica*, que tem na ideia de *risco proibido* e *risco permitido* o ponto central da imputação do tipo ao agente.

O funcionalismo sistêmico de Jakobs tem grande afinidade com o pensamento de Jean Baudrillard, para quem “os indivíduos existem unicamente como partes indistintas no seio das massas” (BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas*. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 39), vez que tem como base teórica que o homem não é o centro da sociedade, mas nela está inserido para a realização de determinadas *funções*.

Nessa esteira, o funcionalismo tem como um de seus postulados característicos o parâmetro do *risco juridicamente proibido*: para se considerar típica (primeiro elemento do conceito analítico de crime) uma ação humana, é preciso avaliar se ela implicou a *criação* ou o *incremento* de um risco juridicamente proibido. Isso implica: a) mesmo que a conduta se ajuste a um tipo legal de crime, e mesmo realizada conscientemente, se dela não houve criação ou aumento do risco para o

bem jurídico, ou mesmo se redundou na redução desse risco, o agente não deve ser punido; b) como o indivíduo cumpre um *papel social* (funções), não se pune o agente se a sua conduta não extrapolou os limites desse papel; c) como o que é importante é a criação ou incremento de um risco proibido, dolo eventual e culpa consciente não se distinguem, ficando afastado o elemento volitivo do dolo, que se satisfaz com o componente cognitivo, restrito ao conhecimento ou consciência do risco gerado pela conduta e do resultado que poderá dela advir.

E esse pensamento funcionalista de Jakobs confere sustentação teórica à criação de um *Direito Penal de terceira velocidade*, em que se juntam a flexibilização das garantias peculiares do Direito Penal liberal clássico com a imposição de severas penas de prisão.

No âmbito das várias mudanças na conformação social causadas pelo advento da realidade pós-industrial e, depois, pelo fantástico avanço tecnológico experimentado pela humanidade nos últimos decênios, surgiram também grandes alterações nas relações políticas internacionais, internas e externas, marcadas por confrontos *ideológicos* (capitalismo-socialismo), *políticos* (movimentos separatistas e nacionalistas), *religiosos* (católicos-protestantes; judeus-muçulmanos), e de outros matizes, além de uma evolução, especialmente em países como o México e o Brasil, no segmento criminoso da sociedade.

Os avanços tecnológicos e o fácil acesso aos seus produtos trouxeram também, como efeito colateral, o fácil acesso de grupos, facções e milícias a armas poderosas, instrumentos de comunicação, e armas de agressão em massa.

Nesse ambiente de insegurança e medo, formou-se o ideário do *Direito Penal do Inimigo*, que se funda num paradigma básico, qual seja, a dicotomia entre um Direito Penal “normal”, destinado ao cidadão, indivíduo que, mesmo tendo praticado um ilícito penal, continua inserido no sistema e integrado à ordem jurídica e social, e cuja punição serve à reafirmação da validade da norma perante a sociedade (cf. Jakobs, Gunther. *Derecho penal*. Trad. Joaquin Cuello Contreras *et alii*. Madrid, 1995. P. 18), e um Direito Penal destinado ao não cidadão, o *inimigo*. A este último, partindo-se da ideia de que, ao dedicar-se à reiteração de condutas criminosas ou ao integrar-se a organizações criminosas ou grupos terroristas, abdicou de sua condição de cidadão para tornar-se hostil ao Estado, negam-se as garantias e direitos próprios de um Direito Penal humanitário e garantista, reduzindo-

lhe, *v.g.*, a amplitude de defesa, o alcance da presunção de inocência e as garantias da legalidade.

Esse Direito Penal, a partir da concepção de “velocidades do Direito Penal” de Silva Sánchez, consubstanciaria uma terceira velocidade.

Luiz Flávio Gomes fala no Direito sancionador, que propõe, em vez de uma sanção de caráter penal, uma sanção de caráter administrativo, tendo como diferenciação a não ocorrência dos efeitos secundários de uma condenação propriamente dita. Fica entre o direito penal e o direito administrativo, sendo que sua imposição ainda depende do Judiciário.

4.1.2 Direito penal de risco e os novos riscos

Atualmente tem-se o que vem sendo chamado de “Direito Penal do Risco”. Admite o direito penal no tratamento dos novos riscos, mitigando o princípio da reserva legal e a antecipação de tutela penal. Sugere o afastamento do direito penal clássico (protetor de bens jurídicos individuais), assumindo um novo posicionamento, mais preventivo. Afirma que os novos riscos precisam de uma resposta penal que não é possível ser obtida por um sistema repressivo liberal e garantista, exigindo assim uma quebra na estrutura material do direito penal liberal. A solução trazida pelo direito penal de risco seria a criação de mecanismos mais propícios para a diminuição de determinadas práticas perigosas. Mas o Sistema Democrático de Direito não seria compatível com tais ideias.

Há dificuldade em separar aquilo que é realmente perigoso daquilo que é inócuo ao Direito. Como consequência disso, proíbe-se tudo que não se tenha total certeza quanto a segurança, protegendo de forma desproporcional crimes culposos. Surgem assim os crimes de perigo abstrato.

Nas palavras de Pierpaolo Cruz Bottini (Direito Penal Contemporâneo, 2011, p. 116):

“A produção legislativa penal, portanto, traz à tona técnicas legislativas já conhecidas, mas pouco utilizadas anteriormente, e as transforma no elemento característico do chamado direito penal do risco: crimes de perigo, de omissão e culposos, que às vezes surgem em inusitadas combinações (crimes omissivos de perigo abstrato, crimes omissivos culposos ou crimes culposos de perigo abstrato), que colocam em xeque preceitos e conceitos dogmáticos consolidados, como, por exemplo, a premissa de que o resultado integra a estrutura típica nos crimes culposos”

Há também um paradoxo no que diz respeito aos riscos permitidos e proibidos. Por haver dificuldade em determinar o que é permitido e o que é proibido, o legislador passa a evitar a criação de normas claras, taxativas, com intenção de criar textos genéricos para que o Judiciário ou a autoridade administrativa, posteriormente, determine quais os limites daquela norma. Com isso o legislador, conscientemente, delega à administração pública e ao poder Judiciário o poder de legislar.

O direito penal do risco traz uma falsa ideia de segurança. Surge como um direito que tudo pode resolver, aparentando assim insuficiente para todas as mazelas sociais, tornando-se um mecanismo simbólico de prevenção de riscos. Ainda que avançadas, as estratégias voltadas para o risco nunca irão eliminá-lo, mas apenas desacelera-lo ou desloca-lo. Assim, o direito penal de risco busca novos direitos, diferentes daqueles trazidos tradicionalmente pelo direito. Tais “novos direitos” emanam de atividades que não foram controladas pelas regras do direito tradicional (atividades como os avanços da medicina, biogenética, atividades atômicas, químicas, físicas...), necessitando então de novos direitos, focados a esses novos riscos. Com isso surge o Estado-prevenção, destinado a criação de novas normas, focadas nos riscos atuais do dia a dia, com vista a prevenir

Para BAUMAN (*apud* Ricardo Jacobsen Gloeckner, 2009, p. 153) “O crime já não é visto como uma ruptura da norma, mas como uma ameaça a segurança”. Essa vitimização cada vez mais constante faz com que o Direito se torne cada vez mais ilimitado, e, conseqüentemente, proteja bens jurídicos antes impensados.

Já na visão funcionalista radical, defendida por Jakobs, o sistema penal deve, primordialmente, preservar o funcionamento do corpo social, independente de como for, não estando então ligada a um modelo social determinado. Defende que a sociedade deve estar aberta à novos ideais, para assim

tornar o direito penal menos ofensivo, vez que uma sociedade arbitrária produzirá regras penais contrárias às garantias fundamentais dos indivíduos. O bem estar social está em primeiro lugar para depois designar regras que a beneficie.

Apoia o direito penal como instrumento de combate aos novos riscos, afirmando que todo direito penal funcional é legítimo, sendo tal direito penal a solução esperada pela sociedade, seria então funcional e, conseqüentemente legítimo. Porém, Jakobs não apresenta instrumentos para avaliar a expansão penal, faltando um objetivo mais específico para por em ação a repressão estatal aos novos riscos.

Os funcionalistas mais moderados seguem a proposta disciplinar de Roxin. Para ele, é importante resguardar valores e interesses fundamentais para garantir a proteção de bens jurídicos. Roxin defende um funcionalismo teleológico, divergindo assim das teses de Jakobs, pois para Roxin o direito penal deve tutelar bens específicos e necessários, e não deve se preocupar com a ordem normativa. Sendo assim, para os funcionalistas teleológicos, o direito penal não tem legitimidade para resolver os problemas inerentes aos novos riscos.

Roxin cria então um direito penal dialético no qual garante os princípios do Estado Democrático de Direito e dá proteção aos bens jurídicos essenciais. Assim afirma que ao direito penal deve agir sobre os riscos e perigos inéditos, desde que obedeça as garantias constitucionais e coloque em risco bens jurídicos relevantes. É uma saída intermediária para a reconstrução do direito penal da sociedade de riscos.

4.1.3 Direito penal de risco e o judiciário

A legislação trazida pelo direito penal de risco é, no mais das vezes, uma legislação genérica. Isso quer dizer que o legislador, ao elaborar as regras da sociedade de risco, não criou regras taxativas, devido a vulnerabilidade da sociedade, que se apresenta em constante desenvolvimento. Assim, devido a rapidez industrial, o legislador optou por regras genéricas, no intuito de que o

judiciário exerça, de certa forma, o poder de legislar, visto que, por se tratarem de regras genéricas, o sujeito, em busca de uma melhor compreensão de tais regras, deverá recorrer ao judiciário, para que ele decida o que exatamente tal regra está estipulando. Ocorre assim a formulação de uma política criminal, visto que quanto mais indeterminada e genérica for a norma, maior será o campo de atuação do judiciário.

Esse comportamento do Poder Judiciário é uma novidade, visto que antigamente o mesmo se comportava como figura meramente burocrática, se bastando a simplesmente aplicar a lei. Isso ocorria devido ao grande prestígio do positivismo jurídico.

Pierpaolo Cruz Bottini (Direito Penal Contemporâneo, 2011, p. 120/121):

“O Poder Judiciário deixa de ser apenas um organismo destinado à solução de litígios individuais e passa a determinar, com caráter abstrato e vinculante, orientações e interpretações sobre o texto legal, em atividade tipicamente normativa. O Judiciário incorpora instrumentos e mecanismos que o transformam em um sistema complexo, capaz de formular políticas públicas, expedir atos normativos, enfim, de regular setores e relações sociais, à altura e muitas vezes em conflito de atribuições com os demais Poderes da República

(...)

Após a Segunda Guerra, o reconhecimento da força normativa das Constituições e a necessidade de estabelecer parâmetros seguros para evitar o arbítrio e o excesso – não encontrados no princípio da legalidade como bem demonstrou a experiência alemã do nacional socialismo – fez desapontar o Judiciário como o órgão garantidor dos princípios fundamentais do Estado de Direito. E, para fazer valer tal função, consolidaram-se os mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade, pelos quais as Cortes Constitucionais poderiam anular leis produzidas pelo parlamento quando incompatíveis com os preceitos constitucionais.

A consagração deste novo papel do Judiciário no Brasil ocorre com a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional 16/65, consolidada pela Constituição de 1988 ao lado de outros e novos instrumentos de controle concentrado de normas como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Constitucionalidade – esta última incorporada pela Emenda Constitucional 03/93.”

Assim, o Poder Judiciário tem poder de anular normas e atos normativos quando estes forem contrários ou mesmo inadequados a Constituição.

A súmula vinculante e a norma de repercussão geral dos recursos extraordinários, entre muito outros, são exemplos de decisões do Judiciário (STF) que podem vir a anular normas e atos normativos.

A própria jurisprudência do STF pode conferir efeitos a recursos extraordinários sem que se faça uso de súmula vinculante (teoria da transcendência das decisões do STF).

Outro exemplo está no art. 518, § 1º do Código de Processo Civil:

“Art. 518: Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§1º - O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”

Tal artigo traz ao magistrado uma permissão de, estando em conformidade com súmula do STF ou do STJ, não receber eventual recurso de apelação.

Tirando por base tais exemplos, nota-se que a reconfiguração das funções do Poder Judiciário, tendo ele atuação nas políticas públicas, deixando de ser meros aplicadores da lei.

Porém, ainda que haja um grande esforço por parte das cortes superiores para a unificação das decisões, devido a heterogeneidade dos órgãos que o compõe, a interpretação nem sempre é igual. Com isso aumenta-se o sensação de ausência de limites em relação ao risco permitido. Vale destacar que, ainda que haja a heterogeneidade dos órgãos, há uma forte tendência liberalizante por parte do STF.

Ainda que o STF tenha grande influência na decisão dos riscos permitidos, o legislador impôs algumas barreiras para que o STF não atue sobre determinados setores. O Judiciária, ao mesmo tempo, desenvolve técnicas para frear a expansão do direito penal (em busca de preservar o direito penal mínimo), técnicas essas que muitas vezes também se restringem a determinadas classes sociais. Bem trazido por Pierpaolo Cruz Bottini (Direito Penal Contemporâneo, 2011, p. 127):

“Tome-se como exemplo a determinação de critérios para a fixação do princípio da insignificância. Quando se trata de crimes fiscais, o parâmetro utilizado é o valor de dez mil reais, fixado em lei como o limite a partir do qual o Poder Público toma medidas de execução fiscal na área administrativa. Já quando se trata de crimes como furto ou estelionato – em geral praticados por agentes de camadas menos favorecidas economicamente -, os limites são muito mais restrito”

Nota-se então que o STF busca de forma mais acirrada a liberdade e, conseqüentemente, menor atuação do direito penal, mas, ao mesmo tempo, cria-se uma maior seletividade quanto a abrangência do direito penal.

Como conseqüência da atuação do Judiciário na política criminal, a população cria expectativa de solucionar seus problemas via judicial. Tal expectativa é frustrada, vez que o Judiciário não tem capacidade, por motivos de morosidade, de tomar decisões definitivas em um prazo razoável. Assim, a população que procura o Judiciário para que esse lhe garanta segurança tem se sentido desabrigada pela proteção jurisdicional.

Frente a esse sentimento de impotência e na ânsia de responder as exigências vindas da população alguns magistrados usam como estratégia as medidas cautelares. Diante a incapacidade de responder em tempo hábil às exigências da população, as prisões temporárias, preventivas e as medidas de execução provisória se tornam, errônea e desacauteladamente, ferramentas úteis a alguns magistrados, o que acaba ferindo a Constituição e, em especial, a presunção de inocência.

5 O SISTEMA PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

5.1 A Evolução do Direito no Brasil

No Brasil, a organização social e política atual se dá pelo Estado Democrático de Direito. Tal organização visa respeitar a dignidade da pessoa humana e todos os princípios derivados dela.

No que diz respeito à política criminal, o Estado de Direito traz alguma complexidade, devido a sua heterogeneidade.

Será exposto a seguir o desenvolvimento dessa organização social para que se alcançasse o Estado Democrático de Direito, fazendo referencia aos momentos históricos e, diante disso, o desenvolvimento do direito penal nacional, visando ainda as complexidades que cada sistema enfrentou e como o sistema penal se comporta nos dias atuais.

5.1.1 Estado Liberal

O direito de liberdade é resultado de uma longa luta, que se iniciou na Inglaterra no ano de 1215 com a Magna Carta de João Sem Terra, que trazia as liberdades eclesiásticas e, também, a liberdade de locomoção em relação ao comércio. Em 1679 surge a lei do *habeas corpus* (Habeas Corpus Act) e, logo após, em 1689, o *Bill of Rights*, que decretou o fim do absolutismo inglês e limitou os poderes governamentais, dando início às liberdades individuais.

O Direito Penal veio se transformando juntamente com a história do Direito, até chegar nos dias de hoje tal como está. No entanto, surgiu como ciência a partir do Iluminismo, já sendo traçado fortemente com limites em relação à sua

intervenção, em outras palavras, limites ao exercício do *jus puniendi* estatal, estabelecendo-se assim delimitações aos bens jurídicos protegidos e à tipicidade penal, trazendo um conceito material de delito. Perdeu-se a ideia do crime como pecado e surgiu a ideia da razão como maior condutora do comportamento humano. Instaurou-se uma relação entre cultura e política. É a partir do Iluminismo que as ideias liberais começam a surgir, sendo então o Iluminismo o verdadeiro embrião ideológico do liberalismo e do Estado Liberal.

O Estado liberal se apóia principalmente no princípio da legalidade. Assim, um dos principais traços do Estado liberal moderno é a rigidez em relação ao seguimento das leis, sendo elas o instrumento básico de controle social, além de forma de limitação do poder do Estado, em favor da liberdade individual.

Antônio Alberto Machado, na obra “Teoria Geral do Processo Penal” (2009, p. 43), pontua:

“O Estado liberal burguês, enquanto Estado de direito também chamado de Estado liberal legal, assenta-se no princípio da legalidade, na limitação dos poderes estatais e na defesa da liberdade e de todos os outros direitos fundamentais do indivíduo. Portanto, se caracteriza pelo formalismo normativista, pela intervenção mínima na esfera individual e pela proclamação e garantia dos direitos individuais, sobretudo, o direito de liberdade.”

Nota-se que o chamado Estado liberal segue premissas básicas para a garantia do direito de liberdade, limitando os poderes do Estado, sempre regidos pela lei, ou seja, seguindo fortemente o princípio da legalidade.

A liberdade desenvolvida pelo pensamento liberalista era tida como uma liberdade negativa, no sentido que era vista na ausência da atuação estatal, cuja atuação deveria restringir-se à garantia da segurança interna e à consecução da defesa externa. Surge daí o ideal do estado mínimo, com intervenções mínimas na esfera individual, sendo a limitação das intervenções do Estado dadas pela própria lei e prevalecendo a inércia e a não interferência estatal em face das relações privadas.

Entretanto, em contradição às liberdades individuais garantidas pelo Estado, esse mesmo Estado assumiu a responsabilidade de suprimir tais liberdades

em busca de manter a ordem. Surge, então, conflito entre dois valores importantes para a manutenção do Estado. De um lado o valor fundamental a liberdade, e, do outro lado, o valor da ordem.

Tal dubiedade teve como solução a via judicial, apresentando-se o processo criminal como forma de solução para a organização da repressão, dando ao Estado o monopólio da violência a partir daquilo que estiver previsto na lei, desde que reconhecida a necessidade da intervenção estatal, sempre seguindo o devido processo legal e observando os princípios aplicáveis a proteção da liberdade.

5.1.2 Estado Democrático de Direito

A crise no Estado liberal teve início entre o século XIX e XX, com a Primeira Guerra Mundial (1914) e as reivindicações da classe trabalhadora. Teve como fato marcante a quebra da bolsa de Nova York em 1929. A partir de então, o Estado adota o modelo de Estado-do-Bem-Estar-Social (Welfare State), permanecendo arraigado ao princípio da legalidade, porém de forma a se ter um Estado que pudesse intervir economicamente, com finalidade de proporcionar direitos básicos à população, além de promover a assistência social. Por volta de 1980 surge uma crise fiscal que coloca em pane o funcionamento de tal Estado, incapaz de suportar os encargos assumidos diante da população. Com isso ocorre a retomada do ideal liberal, agora rebatizado com nome de neoliberal, que nada mais é que um retorno do Estado liberal legal com a desistência dos ideais sociais do Welfare State.

Mas a crise do Estado social leva a uma busca por um Estado que não significasse apenas o retorno ao modelo capitalista do Estado liberal legal. Surge assim o Estado Democrático de Direito, que traz o princípio da legalidade e a busca pelos fins sociais, buscando, além disso, a participação política em busca da igualdade e da democracia.

Antônio Alberto Machado (2009, p. 45), faz algumas considerações sobre o Estado Democrático de Direito e seus princípios:

“Com base nas reflexões de J.J.Gomes Canotilho, o constitucionalista José Afonso da Silva alinha os seguintes princípios do Estado Democrático de Direito: (a) princípio da constitucionalidade; (b) princípio democrático; (c) sistema de direitos fundamentais; (d) princípio da justiça social; (e) princípio da igualdade; (f) princípios da divisão de poderes e da independência do juiz; (g) princípio da legalidade; (h) princípio da segurança jurídica. Assim, um autêntico Estado Democrático de Direito, além dos caracteres e princípios que informavam as variantes anteriores do estado capitalista, deve incorporar, como seu verdadeiro *discrimen*, a participação utópica da sociedade, com vistas à transformação do *status quo*, em busca da igualdade e da justiça social.”

Tal modelo de Estado encontra-se descrito ao longo do art. 1º da Constituição brasileira de 1988. No campo penal, tal modelo de Estado garante pleno acesso à jurisdição como forma de garantia de uma sociedade justa e igualitária, e, para isso, garante também os direitos fundamentais.

Ainda nas palavras de Antônio Alberto Machado (2009, p. 45):

“Por isso, em matéria penal, o Estado Democrático de Direito deve garantir a radicalização da instrumentalidade do processo, como meio de efetivação das liberdades públicas fundamentais, de afirmação dos valores constitucionais da liberdade e da igualdade, bem como a operacionalização de um processo que venha promover a consolidação da cidadania, funcionando como mecanismo de efetiva participação do cidadão na vida da *polis*.”

No Estado Democrático de Direito, a liberdade é garantida através de prestações positivas (não mais negativas, como era no Estado Liberal, dada pela falta de atuação do Estado); o processo penal por sua vez é o que garante a defesa da dignidade humana, constituindo um instrumento de contenção da potestade estatal em favor da liberdade do indivíduo. Em suma, o Estado Democrático de Direito age com ideais sociais, jurídicos e políticos, proporcionando a participação popular e garantindo a liberdade.

5.1.3 Garantismo Penal

Dentro desse sistema liberal democrático a corrente jurídica mais bem aceita é o garantismo penal. O maior entrave para a garantia das liberdades públicas radica na dicotomia defesa social x direito de liberdade, por exemplo, liberdades públicas x direito de personalidade do acusado. De um lado, o Estado deve ser garantidor dos direitos e liberdades individuais, uma de suas funções precípua; de outro, incumbe-lhe a repressão das condutas ilícitas. Sabe-se então que o Estado deve tentar manter sempre os direitos de personalidade do acusado, ou ao menos sacrificar o mínimo possível tais direitos. Assim, o ponto mais alarmante de tal atrito encontra-se no dever de legislar sobre o direito de liberdade individual.

Nesse aspecto, o garantismo penal lança o processo como a melhor forma de garantia das liberdades públicas fundamentais, demonstrando assim seu caráter instrumentalista, pois atua como meio de execução dos direitos e garantias individuais. Ademais, ainda que sirva para o Estado aplicar suas normas, o processo deve ter como finalidade principal servir de instrumento de garantia e defesa dos direitos básicos do indivíduo, devendo, antes de tudo, vislumbrar o princípio da presunção de inocência que é uma cláusula pétrea do processo penal.

Importante ressaltar que no garantismo penal o princípio da liberdade continua tendo grande relevância, proporcionando aos indivíduos meios de defesa em face do poder do Estado.

No que diz respeito ao garantismo penal, mais uma vez nas palavras de Antônio Alberto Machado (2009, p. 47):

“A doutrina do garantismo penal está amplamente sistematizada no trabalho de Luigi Ferrajoli, que apontou alguns princípios sobre os quais se assenta o processo penal comprometido com os valores da liberdade e da democracia: (1) princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito; (2) princípio da legalidade; (3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; (4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; (5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; (6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; (7) princípio da jurisdicionariade; (8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; (9) princípio do ônus da prova ou da

verificabilidade; e (10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.”

De acordo com Luigi Ferrajoli, tais princípios “(...) foram elaborados pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, como princípios políticos, morais e naturais da limitação do poder penal absoluto” (Ferrajoli *apud* Machado, 2009, p. 47). Tais princípios são então garantia do princípio da legalidade.

Entretanto, uma das grandes dificuldades do postulado garantista é fazer com que a defesa dos direitos individuais saia do plano meramente formal e atinja, efetivamente, o mundo material. Com isso, o garantismo busca um direito penal mínimo e, em contrapartida, um Estado Social máximo. Dessa maneira o Estado estará apto a proporcionar meios para que o indivíduo possa efetivar seus direitos, principalmente perante a repressão estatal, tornando assim o processo penal muito mais uma ferramenta de garantia dos princípios destinados à proteção dos direitos individuais do que um meio de repressão estatal, tendo então, como o próprio nome sugere, uma função garantista do processo, a fim de evitar eventuais injustiças por parte do Estado.

Não há o que se discutir que o garantismo se contrapõe à tendência expansionista e de flexibilização de direitos a que se inclina o direito penal contemporâneo, vez que propõe o direito penal mínimo e a descriminalização de condutas que podem ser relegadas ao campo do Direito Administrativo. Em suma, o garantismo propõe uma intervenção mínima no âmbito penal.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, extrairam-se conclusões básicas a respeito das consequências advindas da sociedade industrial.

Percebeu-se que a industrialização de maneira rápida e exagerada tornou a sociedade cada vez mais permissiva, propiciando o surgimento dos chamados *riscos permitidos*. Com o decorrer do tempo e o aumento cada vez mais grosseiro de tais riscos, passa-se a questionar as indústrias por terem criado tais riscos e por não terem controle sobre eles e, com isso, coloca-se em pauta uma limitação da modernidade, sendo discutidas as consequências nascidas dessa modernidade, entre elas, os controles de segurança.

Consequência de tal desenvolvimento foi também o aumento da criminalidade e o surgimento de novos delitos. Tais delitos surgiram também em consequência da rápida industrialização e a irresponsabilidade da sociedade frente aos avanços tecnológicos. Nota-se então uma alteração no Direito Penal, no que tange a proteção à vida, que foi posta risco para dar continuidade ao desenvolvimento social.

A criminalidade prejudica a sociedade de diversas formas. Além dos prejuízos materiais que ela pode causar, prejudica também no âmbito subjetivo, com a sensação de medo e insegurança que ela tende a causar a sociedade. Por aparecer de forma tão constante na sociedade, espera-se que a criminalidade seja contida de forma severa, porém não é o que ocorre, gerando então o sentimento de decepção e insegurança pela sociedade.

É pelo amplo sentimento de insegurança gerado pela população que o Direito Penal tende a estar cada vez mais presente na vida do cidadão. Ainda que o clássico Direito Penal tenha uma característica de “Direito Penal Mínimo”, até mesmo por ser menos invasivo e permitir à população maior privacidade, a tendência é que haja uma maior interferência do Direito Penal no dia a dia dos cidadãos, com criação de delitos meramente formais, e de perigo abstrato, entre outros, criados como tentativa de solucionar ou ao menos amedrontar aqueles que querem praticar algum delito.

Tal problemática gera uma grande mudança no ordenamento jurídico, vez que o direito penal clássico tem grande tendência de se transformar em direito penal máximo. Tende a se tornar um Direito Penal preventivo, indo no sentido contrário ao atual, que visa punir o resultado lesivo. Na sociedade de risco, o Direito Penal é visto como o solucionador de problemas e as reformas são vistas como única alternativa para a garantia da segurança, e, com tal reforma, como forma de proporcionar maior segurança aos cidadãos, surge a punição à atos meramente preparatórios e perigos abstratos.

Silva Sánchez (Direito penal de duas velocidades), Hassemer (Direito de Intervenção) e Luiz Flávio Gomes (Direito sancionador) trazem suas idéias de solução para o surgimentos dos novos riscos. A diferença encontra-se no critério jurídico-político adotado por cada um deles. Hassemer e Silva Sánchez mantém o controle dos riscos como matéria do próprio Direito Penal, sendo a diferença entre eles que, para Hassemer, caberá a conversão para pena privativa de liberdade, enquanto Silva Sánchez não admite pena privativa de liberdade para os novos riscos, mas apenas para violações a bens jurídicos indispensáveis. Já Luiz Flávio Gomes traz a sanção com caráter administrativo, saindo do âmbito penal.

Ainda que com tais mudanças no Direito penal, a garantia do direito a liberdade é primordial. Obviamente, com todas as evoluções tecnológicas e conseqüentes mudanças no direito penal, houve modificações também na política criminal brasileira. O que antes era chamado de Estado Liberal sofreu grandes alterações. O que antes era um estado de intervenção mínima, onde o Estado atuava da menor forma possível na vida dos cidadãos como forma de garantir-lhes maior liberdade (liberdades negativas, visto que o Estado deixava de agir para que houvesse maior liberdade ao cidadão) passou a ser um estado de intervenção máxima, agora chamado Estado Democrático de Direito, que, embora ainda vise pelo direito de liberdade, garante tal liberdade de forma positiva, com maior atuação do Estado, tendo como corrente jurídica o garantismo penal.

BIBLIOGRAFIA

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010

_____. **Direito penal contemporâneo: questões controvertidas**. MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código de processo civil**. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COTTA, Francis Albert. **A crise da modernidade e a insegurança social**. Disponível em: [http:// jus.com.br/revista/texto/7461/a-crise-da-modernidade-e-a-inseguranca-social](http://jus.com.br/revista/texto/7461/a-crise-da-modernidade-e-a-inseguranca-social). Acesso em 02 de maio de 2012

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Bahia: Podivm, 2009.

JAKOBS, Günther. **A imputação penal da ação e da omissão**. Tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

MACHADO, Fabio Guedes de Paula. **Reflexos da Modernidade no Direito Penal**. Revista de Ciências Penais. RT, ano 9, v. 16, jan-jun 2012.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MARTIN, Luís Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2007.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal**. São Paulo: RT, 2004.

MORAES, Gabriela Bueno de Almeida. **O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidade da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**. Tese (doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

OLIVEIRA, Lucimara Aparecida Silva Antunes de. **Crimes de perigo abstrato como meio para proteção de bens jurídicos**. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/042010.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

ROBALDO, José Carlos de Oliviera; VIEIRA, Vanderson Roberto. **A sociedade de risco e a dogmática penal**. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 23 de abril de 2013.

ROMERO, Diego. **Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5722/reflexoes-sobre-os-crimes-de-perigo-abstrato>. Acesso em: 02 de maio de 2012

SALVUCCI, Deminis Sevilha. **Bem jurídico-penal e o princípio da lesividade**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2007.

SANT'ANNA, Marina de Cerqueira. **Sociedade de risco e o novo modelo penal**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.26401>>. Acesso em: 03 de maio de 2012

SILVA, Ivan Luis Marques da. **O direito penal como garantia fundamental: o novo enfoque decorrente da globalização.** Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito. Universidade São Paulo. São Paulo, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Cerezo Mir.** Luiz Regis Prado (coordenação). São Paulo: RT, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos.** São Paulo: RT, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.