

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA
CURSO: BACHARELADO EM DIREITO**

**A DEFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS
PELO DIREITO PENAL**

Autora: Eula Paula da Silva

JUÍNA/2016

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA
CURSO: BACHARELADO EM DIREITO**

**A DEFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS
PELO DIREITO PENAL**

Autora: Eula Paula da Silva

Orientador: Profº Dr. Luís Fernando Moraes de Mello

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado de Direito da AJES - Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale Juruena, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

JUÍNA/2016

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA
CURSO: BACHARELADO EM DIREITO**

BANCA EXAMINADORA

Profº Ms. Caio Fernando Gianini Leite

Profº Ms. Francisco Leite Cabral

ORIENTADOR

Profº Ms. Luís Fernando Moraes de Mello

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente aos meus amados pais, Neiva de Fátima Perini da Silva e Elizeu Bezerra da Silva, por não permitir que eu desistisse.

Agradeço a Eliziane Cristina da Silva, Elizeu Bezerra da Silva Junior e Nádia Hellen da Silva, meus queridos irmãos, que estão sempre presentes, me dando força, quando está me falta.

Agradeço a Adeildo de Souza, Vanessa Temístocles e Alonso de Brito Junior meus cunhados e cunhada, que alcançaram a qualidade de irmãos no meu coração.

Agradeço a Marli Gaspari, Adriana Cristina Afonso, Dariane Agostinetto, Daiana Crisley Camargo e Marta Andreia Gnoatto, amigas que jamais serão esquecidas.

Agradeço aos Professores Caio Fernando Gianini Leite, Francisco Leite Cabral, José Natanael Ferreira, Marina Silveira Lopes, pelo apoio e conselhos.

Agradeço ao meu orientador Luís Fernando Moraes de Mello, pela excelente orientação prestada, estímulo e dedicação a mim prestada.

Agradeço também a Coordenadora Alcione Adame pela amizade e pelos valiosos ensinamentos, que certamente serão levados para a vida extra acadêmica, e a Faculdade AJES por ser o meio pelo qual pude realizar o sonho da graduação, que outros sonhos agora possam vir.

Ao Deus, a quem eu sirvo.

Porque a tua benignidade é melhor do
que a vida; os meus lábios te louvarão.

(BÍBLIA, Salmos, 63:3)

RESUMO

O trabalho visa analisar as deficiências na proteção aos bens jurídicos transindividuais pelo Direito Penal, observando a fluidez do conceito de bem jurídico em especial no seu caráter transindividual e como isso impacta a legislação nacional. Uma vez que passados dezoito anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, pouco se avançou para que a obtenção de uma superação no tratamento aos novos bens jurídicos transindividuais, muito porque os legisladores ainda persistem atrelados por um pensamento histórico liberal-individual. Ocorre que ao persistirem neste pensamento ultrapassado criasse um paradigma de cunho individual, onde pouco se cria condições necessárias para o enfrentamento de conflitos transindividuais, que hoje compõe um quadro majoritário no desenvolvimento da sociedade brasileira.

Palavras-chave: bem jurídico, bem jurídico transindividual, deficiência, proteção.

ABSTRACT

The paper aims to analyze the deficiencies in the protection of transindividual legal rights by criminal law, observing the fluidity of the legal concept especially in its transindividual character and how this impacts the national legislation. Since eighteen years have passed since the enactment of the 1988 Federal Constitution, little progress has been made in obtaining treatment overcoming the new transindividual juridical goods, much as lawmakers still persist in the grip of liberal-individual historical thinking. It happens that persisting in this outdated thought created an individual paradigm, where little is created necessary conditions for the confrontation of transindividual conflicts, which today makes up a majority in the development of Brazilian society.

Keywords: juridical good, transindividual juridical good, disability, protection.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. OS BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS PELO DIREITO PENAL E A NECESSIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	11
2.1. Conceito atual de Bem Jurídico Penal.....	13
2.2. O paradigma tradicional do Direito Penal: o modelo de produção do Direito Liberal-individual.	17
2.3. Bem jurídico-penal e as suas transformações no Estado Democrático de Direito.....	22
2.4. Bens jurídicos-penais transindividuais.....	26
3. PRINCÍPIOS ORIENTADORES PARA UM DIREITO PENAL CONCRETIZADOR DA CONSTITUIÇÃO.....	31
3.1. Princípio da proporcionalidade.	33
3.1.1. Princípio da Proporcionalidade: Proibição de Excesso (<i>Übermassverbot</i>).	36
3.1.2. Princípios da Proporcionalidade: Proibição da Proteção Deficiente (<i>Untermassverbot</i>).....	38
3.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.	38
3.3. Princípio da Responsabilidade Penal.	42
3.4. Princípio da Ofensividade.....	46
3.5. Princípio da Legalidade da Norma Penal.	48
3.6. Princípio da Intervenção Mínima do Estado.	51
4. CRÍTICA A ATUAL LEGISLAÇÃO PENAL QUE NORMATIZA AS RESPOSTAS AS VIOLAÇÕES AOS BENS JURÍDICOS-PENAIIS TRANSINDIVIDUAIS.....	54
4.1 A necessária mudança na forma de responsabilização penal – responsabilização da pessoa natural e da pessoa jurídica.	54
4.2. A elevação da eficiência da proteção por meio do reconhecimento da alta ofensividade dos crimes contra direitos transindividuais.....	60

4.3. A exigência de mudança do imaginário sobre os crimes que violam bens jurídicos transindividuais.	64
4.4. Tendências para uma proteção mais efetiva dos bens jurídicos transindividuais.....	66
5. CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS.....	72

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é a análise sobre da proteção ofertada aos bens jurídicos transindividuais pelo Direito Penal brasileiro, e como a deficiência na proteção pode impactar a sociedade em geral.

No primeiro capítulo será apresentado o meio pelo qual o conceito de bem jurídico se constrói até chegar o conceito atual, onde fica demonstrado que em pleno Estado Democrático de Direito o conceito de bem jurídico passa uma crise.

Em muito devido ainda estar entranhado no legislador o pensamento liberal-individual o que acaba em impossibilitar que se alcance um conceito que tutele adequadamente cada bem jurídico, sedo ele individual ou transindividual.

No segundo capítulo serão abordados os princípios orientadores do bem jurídico transindividual, sendo eles o princípio da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da responsabilidade penal, da ofensividade, da legalidade da norma penal e da intervenção mínima do estado.

Tais princípios orientam os legisladores na construção normativa para uma proteção eficiente aos bens jurídicos transindividuais.

No terceiro e último capítulo demonstrar-se-á a importância na exigência de mudança na forma em como se trata os bens transindividuais, uma vez a não verificação desses novos delitos implica na impunidade criminal.

O problema em torno da ampla reforma penal, que vem descriminando certos bens jurídicos transindividuais e individuais, rebaixando-os a crimes de menor potencial ofensivos, enquanto criminaliza outros, que o legislador de maneira quantitativa classifica de maior potencial ofensivo.

E finalizando apresentar uma tendência, que esteja em uso, que auxilia o legislador no tratamento de proteção aos bens jurídicos transindividuais.

2. OS BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS PELO DIREITO PENAL E A NECESSIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.

Antes de se apresentar o conceito de bem jurídico, se faz necessário apresentar o meio no qual ele se inicia.

Inicia-se a construção histórica evolutiva da noção de bem jurídico, como uma forma de resposta do povo contra a forma de governo que dominou os séculos XVI, XVII e início do século XVIII (o Absolutismo). O crime, neste período, era visto como um pecado praticado contra Deus, e era dever do monarca punir tais atentados contra a divindade maior.

Desta maneira o Monarca tinha o poder centralizado em si mesmo e o usava de forma indiscriminada na criação de leis, impostos e tributos, isso, sem o consentimento da sociedade, além de interferir e controlar, em muitas ocasiões, a igreja.

A experiência vivida pelo direito penal no período anterior ao iluminismo – caracterizado pelo absolutismo e controle – e a mudança de regime político à época motivaram a busca de novos fundamentos para o direito penal, que lhe dessem legitimidade na imposição de pena. Dessa forma, não mais bastavam como elementos justificadores a preocupação com a defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam.¹

Passado o período Absolutista, inicia-se o período Iluminista, e, ocorrem reformas na forma de governo. É neste período, que ocorre a separação entre Estado e Igreja, e o crime passa a ser um dano a nação e não mais a Deus. É neste período também que Feuerbach busca um conceito material² para crime, definindo-o como violação de um direito subjetivo³ alheio.

¹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003, p. 31.

² É aquele em que a lei descreve uma ação e um resultado, e exige a ocorrência deste para que o delito se consuma. Podemos citar como exemplo o crime de estelionato, em que a lei descreve uma ação, qual seja, "empregar fraude para induzir ou manter alguém em erro", e um resultado, qual seja, "obter vantagem ilícita em prejuízo alheio" (art. 171 do Código Penal). Assim, o estelionato só se consuma com a obtenção da vantagem ilícita visada pelo agente. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/847/Crime-material>> acesso em 19 de outubro de 2016.

³ O direito subjetivo pode ser definido como "a faculdade ou possibilidade que tem uma pessoa de fazer prevalecer em juízo a sua vontade, consubstanciada num interesse." (José Cretella Júnior). Ou, "o interesse protegido pela lei, mediante o recolhimento da vontade individual." (Ilhering). Disponível em <<http://respirandodireito.blogspot.com.br/2008/06/direito-objetivo-e-direito-subjetivo.html>> acesso em 20 de setembro de 2016.

Com a separação entre Estado e Igreja, o crime passou a ser um dano à nação. No período iluminista, Feuerbach busca um conceito material de crime, e com isso define-o como uma violação de um direito subjetivo alheio. Em seu ponto de vista, aquele que ultrapassa os limites da liberdade legal viola um direito, causando u m a ofensa (lesão).⁴

Nessa mesma linha segue Yuri Carneiro Coelho, dispondo que, a partir o Iluminismo, há uma busca por um conceito material de delito, iniciando com a identificação do crime como uma lesão a um direito subjetivo, eliminando condutas contrárias puramente a preceitos religiosos ou morais, a partir deste momento o conceito de delito fundava-se na violação de um contrato social, onde delegavam ao Estado poderes para garantir sua liberdade e fruição de seus direitos subjetivos.

A partir do iluminismo, busca-se um conceito material de delito, começando pela identificação do crime com a lesão de um direito subjetivo, expurgando-se condutas que contrariassem preceitos de natureza puramente religiosas ou moral, fundando-se as relações jurídicas em um pacto advindo do contrato social.⁵

Em 1834, com os novos conceitos apresentados por Birnbaum, abandona-se a definição de crime (delito) como sendo uma lesão a direito subjetivo alheio e se inicia o conceito de bem jurídico. Crime passa a ser a ofensa a valores reconhecidos pela sociedade, ou seja, crime passa a ser a ofensa a bens jurídicos protegidos pela norma. Com esta mudança o bem jurídico passa ao centro da discussão do crime e não mais os direitos.⁶

Na construção histórica do conceito de bem jurídico, ainda se tem Binding, que entendia que a norma é a única fonte do bem jurídico, primeira indicação de natureza formal imputada ao bem jurídico.

O problema deste conceito é a falta de limitação material ao poder estatal na área do processo de criminalização. Com isso se pretende dizer que o legislador tinha todo o juízo para eleger qualquer bem jurídico como digno de proteção penal.

Nesta formulação de Binding, percebe-se a falta de uma limitação material ao poder estatal no âmbito do processo de criminalização. Não existiam

⁴ AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Coleção sinopses para concurso**; Direito Penal, vol. 1. Bahia: Editoria Jus Podivm, 2014, p. 42.

⁵ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte. Editora Mandamentos, 2003, p. 31.

⁶ AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre, **Coleção sinopses para concurso**; Direito Penal, vol. 1. Bahia: Editoria Jus Podivm, 2014, p. 42.

parâmetros limitativos indicados por Binding, em sua teoria, que viessem a orientar a atitude do legislador no âmbito da tutela penal, sendo o poder do mesmo ilimitado neste sentido, pois, admitir-se a existência de limites apenas com fundamento nas próprias considerações valorativo-objetivas do legislador e por suas exigências lógicas, configura-se um argumento inaceitável, frágil, estando o legislador, segundo a concepção do próprio autor, livre para eleger qualquer bem jurídico como digno de proteção penal.⁷

Divergindo com Binding, Franz Von Liszt afirmava que o bem jurídico é um dado social preexistente ao juízo do legislador e assim não dependia do seu juízo. O bem jurídico é o interesse vital, do homem ou da comunidade, devendo ser protegidos pela norma.

O bem jurídico – ponto central da estrutura do delito – constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende de juízo do legislador (dado social preexistente).⁸

Contrapondo Franz Von Liszt, surge o modelo neokantista, contrariando as ideias positivistas dos seus antecessores, os neokantista, propõem um conceito que supervalorize o dever e não mais ao ser de Direito. Passam a ter como objetivo a dimensão valorativa do bem jurídico, ao invés de situa-lo diretamente no campo social, convertendo-o em um simples método interpretativo.⁹

2.1 Conceito atual de Bem Jurídico Penal

Atualmente, bem jurídico penal é conceituado por diversos autores, vejamos alguns deles.

Para Eugenio Luiz Zaffaroni, “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”.¹⁰

⁷ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte. Editora Mandamentos, 2003, p. 43.

⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 7. ed., ver. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

⁹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 7. ed., ver. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 39.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Luiz; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume 1: parte geral. 9 ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 403.

Para Luiz Regis Prado o bem jurídico é um ente material ou imaterial¹¹ de titularidade individual ou coletivo tido como essencial a coexistência e desenvolvimento social do homem e por isso ser juridicamente protegido.

O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito.¹²

Ou ainda para Fernando Capez, dispondo que o bem jurídico é o interesse de terceiro, já que seria incabível provocar intervenção criminal contra si mesmo.

O bem jurídico tutelado pela norma é, portanto, o interesse de terceiros, pois seria inconcebível provocar a interveniência criminal repressiva contra alguém que está fazendo apenas mal a si mesmo, como, por exemplo, punir-se um suicida malsucedido com pena pecuniária, corporal ou até mesmo capital.¹³

Diante do acima exposto pode-se concluir que o bem jurídico vem a se a relação de disponibilidade individual ou transindividual protegida pela norma, ou seja contra interesse de terceiros, uma vez que não se pode falar em interesse penal contra si mesmo.

Contudo o conceito de bem jurídico peca pela redundância se desprezar de sua explicação. Acontece que a honra não é propriamente um bem jurídico, o bem jurídico em questão seria o direito de dispor da própria honra, assim como a propriedade não é propriamente o bem jurídico e sim o direito de dispor dos direitos patrimoniais. O que o autor pretende afirmar aqui é que os bens jurídicos são os

¹¹ “Coisas simples, em direito, são as que formam um todo homogêneo, cujas partes, unidas pela natureza ou pelo engenho humano, nenhuma determinação especial reclamam da lei [...] podem ser materiais (um cavalo, uma planta) ou imateriais (como um crédito). Coisas compostas são as que se formam de várias partes ligadas pela arte humana. Como as simples, podem ser também materiais (por exemplo, a construção de um edifício, com fornecimento de materiais e mão-de-obra) e imateriais (por exemplo, o fundo de negócio)”. Nessa perspectiva, uma planta, um animal, uma cadeira, um livro, uma obra de arte, todos estes, são bens materiais, enquanto um crédito, a honra ou os direitos autorais sobre uma obra constituem bens imateriais, isto é, dotados de abstração. Disponível em <> acesso em 01 de novembro de 2016.

¹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**; vol. 1, parte geral – arts. 1º a 120. 9. ed., ver. atual. e amp. Editora revistas dos tribunais. 2010, p. 259-260.

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**; vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

direitos que temos de dispor de certos objetos, ou seja a relação de disponibilidade do titular com a coisa.

Como toda definição, peca por tautologia se prescindimos de sua explicação. Costuma-se dizer que os bens jurídicos são, por exemplo, a vida, a honra, a propriedade, a administração pública etc. Na realidade, embora não seja incorreto afirmar que a honra é um bem jurídico, isto não passa de uma abreviatura, porque o bem jurídico não é propriamente a honra, e sim o direito a dispor da própria honra, como o bem jurídico não é a propriedade, e sim o direito de dispor dos próprios direitos patrimoniais.¹⁴

Luiz Regis Prado pautando-se em Claus Roxin afirma que o conceito de bem jurídico deve estar inserido dentro da Constituição, normatizando e direcionando as políticas criminais. E o direito penal tem o dever de assegurar esses bens valiosos (a vida, a integridade física, a liberdade de atuação ou a propriedade).¹⁵

Com isso pretende-se dizer que o conceito de Bem jurídico deve estar presente na Constituição e assim direcionar o Direito penal que tem como função primordial de proteção ao bem jurídico.

Para o Estudo em questão deve-se salientar que o Direito penal não protege todos os Bens Jurídicos, mas tão somente os mais relevantes ao convívio harmônico em sociedade.

Uma das mais destacadas funções do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos. Entretanto, o Direito Penal não tutela todos os bens jurídicos, mas somente os mais relevantes para um convívio harmônico em sociedade.¹⁶

Azevedo e Salim asseveram a necessidade de se identificar qual bem jurídico merecesse tutela penal e, para isso classificam duas teorias que fixam a Constituição como parâmetro para a concretização de legitimidade.

A primeira denominada de teorias constitucionais amplas preceitua que, desde que não haja afronta a Constituição o legislador poderá proteger bens jurídicos não acolhidos pela Constituição. Aqui a Constituição será usada apenas como parâmetro na elaboração da lei penal. A segunda denominada teorias

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Luiz; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume 1: parte geral. 9 ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 403.

¹⁵ PRADO, Regis Luiz. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 1, parte geral** – arts. 1º a 120. 9. ed., ver. atual. e amp. Editora revistas dos tribunais. Ano 2010, p. 65.

¹⁶ AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre, **Coleção sinopses para concurso**; Direito Penal, vol. 1. Bahia: Editoria Jus Podivm, 2014, p. 41.

constitucionais restritas, diz que a Constituição é a única fonte para se determinar os bens jurídico-penais, pois é nela que deve conter todos os bens mais relevantes para a sociedade.¹⁷

A postura adotada aqui no Brasil é a da complementaridade social e normativa, ou seja, há uma construção eclética de matiz social e em bases constitucionais.¹⁸

Se faz necessário analisar neste ponto do estudo, que a norma constitucional necessita de concretização para que seja tomada de eficácia, para isso a norma a ser criada deve estar minimamente presente na realidade, para que não se torne obsoleta. Na medida que impõe tarefas, a Constituição converte-se por si mesma em força ativa, para o fim da concretização de suas normas.

[...] a constituição não deve buscar construir o Estado de forma abstrata e teórica – não se logra produzir nada do que já não esteja minimamente presente na realidade –, sob pena de permanecer eternamente estéril. Porém, para além da adaptação a uma dada realidade, a Constituição converte-se, por si mesma, em força ativa, na medida em que impõe tarefas, no âmbito daquilo que se identifica como “vontade da Constituição, para o fim da concretização de suas normas.”¹⁹

André Luiz Callegari ensina que as legislações são próprias de emergências, visando acalmar a população ou conter um determinado tipo de criminalidade, acarretando a supressão de direitos e garantias fundamentais. Como exemplo o autor cita a Lei de Crimes hediondos que ganhou notoriedade, mas que não se demonstrou efetiva.

Fica claramente demonstrado, em nosso país, como as legislações próprias de emergências, que visam a “acalmar” a população ou “conter” um determinado tipo de criminalidade, trazem, porém, sob um manto cinzento, a supressão de direitos e garantias fundamentais preconizados na Carta Política. Veja-se, por exemplo, a Lei de Crimes Hediondos, em que o caráter publicitário ganhou força, porém, não se demonstrou uma efetividade com a edição da referida lei.²⁰

¹⁷ AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre, **Coleção sinopses para concurso**; Direito Penal, vol. 1. Bahia: Editoria Jus Podivm, 2014, p. 43.

¹⁸ PRADO, Regis Luiz. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 1, parte geral** – arts. 1º a 120. 9. ed., ver. atual. e ampl. Editora revistas dos tribunais. Ano 2010, p. 67.

¹⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Pena**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2014, p. 51.

²⁰ CALLEGARI, André Luís. **A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais**. Direito Penal em tempos de crise. Org. Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.135

André Luiz Callegari segue ensinando que para que haja condição de validade e eficácia se faz necessário a eliminação da violência frente a força de um Estado imparcial. Do contrário, na intenção de conter-se a violência acarreta em oculta-la, fazendo dos sujeitos mais fracos invisíveis juridicamente.²¹

2.2. O paradigma tradicional do Direito Penal: o modelo de produção do Direito Liberal-individual

Para combater os abusos do absolutismo, o Estado Liberal compõe a primeira composição pela qual veio a se desenvolver o ideal de Estado de Direito, a qual foi elaborada pelo Iluminismo jurídico Europeu do século XVIII.

O Estado Liberal de Direito constitui a primeira fórmula por meio da qual se materializou o ideal de Estado de Direito elaborado pelo Iluminismo jurídico, corrente de pensamento dominante na Europa no século XVIII, que defendeu a primazia do Direito frente aos abusos do poder despótico do Antigo Regime.²²

Eugenio Luiz Zaffaroni alerta quanto ao conceito da palavra “liberal” usada no Direito Penal, a qual tem sido empregada errada, o que torna seu uso confuso e perigoso. Esclarece o autor que a palavra possui dois sentidos, um como sinônimo do Estado de Direito e o outro sinônimo do Estado gendarme (policial, militar) de caráter muito autoritário.

A palavra "liberal" tem sido vítima de um emprego abusivo e, portanto, deletério. Em sua relação com o direito penal, seu uso é bastante confuso e perigoso. Para esclarecer a problemática, fundamentalmente temos que distinguir dois sentidos bem diferentes: o direito penal liberal como sinônimo de direito penal do Estado de Direito (que é quase uma expressão técnica), e o direito penal liberal como direito penal do Estado "gendarme".²³

Importante aqui esclarecer estes dois conceitos, em quanto o Estado de Direito autolimita a autoridade, e todos estão racionalmente submetidos à lei, o

²¹ CALLEGARI, André Luís. **A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais**. In: Direito Penal em tempos de crise. Org. Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.135

²² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Pena**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2014, p. 37.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Luiz; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume 1: parte geral. 9 ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 291-292.

Estado gendarme corresponde a uma concepção política na qual o Estado busca intervir em todas as ordens, especialmente na econômica.

Se por "Estado de direito" entendemos aquele que autolimita a autoridade, em que todos estão submetidos à lei de modo mais ou menos racional, ou aspirando a que assim seja; e por "Estado gendarme" entendemos aquele que responde a uma concepção política que pretende reduzir a ingerência do Estado à sua mínima expressão em todas as ordens — particularmente na econômica.²⁴

Como já demonstrado o Liberalismo se apresenta como uma teoria antiestatal, tendo como interesse central o indivíduo e suas iniciativas. O Estado tem suas prerrogativas diminuídas e previamente reconhecidas, aqui suas tarefas limitam-se a manutenção da ordem e segurança e de proteger as liberdades civis e pessoal e assegurar a liberdade econômica dos indivíduos exercida no âmbito do mercado capitalista e que as possíveis controvérsias que venham a surgir sejam resolvidas por um juízo imparcial sem a necessidade de se recorrer à força privada.

No Estado Liberal o papel desempenhado pelo Estado é negativo em relação a proteção dos indivíduos, com isso toda a intervenção Estatal que ultrapasse as tarefas determinadas é vista como má, pois a independência e iniciativa individual.

O liberalismo se apresentou como uma *teoria antiestado*. O aspecto central de sus interesses era o indivíduo e suas iniciativas. A atividade estatal, quando se dá, recobre um espectro reduzido e previamente reconhecido. Suas tarefas circunscrevem-se à manutenção da ordem e segurança, zelando que as disputas porventura surgidas sejam resolvidas pelo juízo imparcial sem recurso a força privada, além, de proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurar a liberdade econômica dos indivíduos exercida no âmbito do mercado capitalista. O papel. O papel do estado é negativo, no sentido de proteção dos indivíduos. Toda a intervenção do Estado que extrapole estas tarefas é má, pois enfraquece a independência e a iniciativa individuais. Há uma dependência entre o crescimento do Estado e o espaço da(s) liberdade(s) individuali(s).²⁵

Importa esclarecer que o Estado exercia suas tarefas e criava leis de modo impessoal, mas acontece que com isso, não havia preocupação com as desigualdades materiais e nem intenção de ameniza-las. O que acabou por provocar

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Luiz; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 292.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Editora dos Advogados, 2003, p.56.

o êxodo rural, milhares de pessoas passaram a deixar o setor rural e se aglomerar em volta das cidades, uma verdadeira multidão de miseráveis famintos.

Diante da lei todos eram considerados iguais, já que todos estavam debaixo do mesmo ordenamento jurídico, teoricamente possuíam os mesmos privilégios. Acontece que pouco ou nada se fazia para diminuir as profundas diferenças sociais que existiam e persistem nos dias atuais, não da mesma forma, mais sim ainda existem.

Tal lógica era a que se apresentava pelo liberalismo-burguês e pelos ideais libertários da Revolução Francesa.

O Estado estabelecia as regras do jogo de modo impessoal e não se preocupava com as desigualdades materiais, nem procurava amenizá-las. Nesse período, o êxodo rural provocou o deslocamento de gigantescas hordas de miseráveis famintos, os quais se aglomeravam em torno das cidades, vivendo em condições subumanas. Perante a lei, eram considerados rigorosamente iguais aos privilegiados, já que todos estavam submetidos ao mesmo complexo normativo, mas pouco se fazia para reduzir o abismo social existente. Essa era a lógica do liberalismo exacerbado preconizado pelo ideal burguês e pelos ideais libertários que inspiraram a Revolução Francesa, em 1789.²⁶

Importante esclarecer que os direitos fundamentais são próprios do liberalismo-burguês do século XVIII, com exceção do Constitucionalismo francês que já apresentava certo conteúdo social, que surge afirmando-se com direitos de defesa individual frente ao Estado, e por essa razão chamados de direitos negativos, por abster-se ao invés de resistir ou opor-se a uma conduta.

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho "negativo", uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, "direitos de resistência ou de oposição perante o Estado".²⁷

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 1**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 138-139.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. Ver. atual. e ampl. Porto Alegre: editora dos advogados, 2009, p. 46-47.

Sobressai-se no rol dos direitos fundamentais, que também são bens jurídicos e tidos como direitos civis e políticos e que foram inspirados principalmente pela concepção jusnaturalista²⁸, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Mais tarde também se acrescenta a este rol os bens jurídicos coletivos tais como a liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, entre outros e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando assim a íntima ligação entre os direitos fundamentais e a democracia.

Também pertencem a este rol o direito de igualdade formal²⁹ perante a lei e algumas garantias processuais como o devido processo legal, o habeas corpus e o direito de petição.

Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.⁸⁹ Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) se enquadram nesta categoria.³⁰

É de se observar que as Constituições previam como elemento essencial a liberdade pessoal, a defesa da propriedade privada, o que no contexto histórico

²⁸ A concepção jusnaturalista foi o resultado de transformações econômicas e sociais que impuseram mudanças na concepção de poder do Estado, que passou a ser compreendido como uma instituição criada através do consentimento dos indivíduos através do contrato social. Disponível em < <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/26389562/jusnaturalismo> > acesso em 11 de maio de 2016.

²⁹ A igualdade formal é a "igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (CF/88, art. 5º); consideração de que a lei geral e abstrata não pode discriminar. É uma norma de proibição. O legislador constituinte fez ainda questão de destacar: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (Idem, inc. I).

A igualdade material cuja finalidade seria a equiparação dos cidadãos em todos os contextos sociais e jurídicos, ou seja, o de tratamento equânime e uniformizado a todas as pessoas, bem mais, a sua equiparação em possibilidades e oportunidades.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. Ver. atual. e ampl. Porto Alegre: editora dos advogados, 2009, p. 47.

justificou a criminalização do crime de furto, ou seja crimes que geralmente são praticados pelos mais pobres.³¹ Situação que perdura até os dias atuais.

É daí que parte por Lenio Luiz Streck pautado em Schunemann a afirmação de que o Direito Penal “originou-se como instrumento específico contra criminalidade dos pobres”³², e que se manteve assim durante todo o Iluminismo. Ainda que gradualmente fosse se retirando as penas mais cruéis como a tortura.

É a partir do século XIX que mudanças neste modelo de Estado começa a acontecer. O Estado passa a assumir tarefas positivas, como, prestações públicas, como direito à cidadania e agir intervindo na economia do país.

A partir de meados do século XIX percebe-se uma mudança de rumos e de conteúdos no Estado Liberal, quando este passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas, a serem asseguradas ao cidadão como direitos peculiares à cidadania, ou a agir como ator privilegiado do jogo sócio-econômico.³³

Destarte Ana Bechara leciona que, o estado Liberal ao afastar o Estado do poder econômico, possibilitou o acúmulo deste, nas mãos de poucos, predominantemente a classe capitalista burguesa, tudo isso disfarçado sob o prisma de igualdade entre os indivíduos, afastando o Direito da realidade, o que acabou ocasionando uma desigualdade social exacerbada entre as classes sociais.

Com isso o Estado Liberal deixou de atender as condições e avanços que estavam ocorrendo, ou seja os avanços e modernizações ocasionados pelo crescimento industrial e pós-industrial. Por não poder acompanhar tais mudanças que eram principalmente de cunho coletivo, é que houve a necessidade de mudança no modelo do Estado Liberal para o Modelo do Estado Social de Direito.

Assim, o Estado Liberal garantiu uma liberdade de ação praticamente ilimitada às forças econômicas, possibilitando a acumulação de poder econômico e político nas mãos de poucos e disfarçando, sob a imagem do jogo livre e igual de mercado, uma sociedade de classe cuja unidade emana mantida pelo predomínio da classe capitalista. E justamente por afastar o Direito da realidade social, potencializando as desigualdades entre as

³¹ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. 3. ed. Ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 29.

³² STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 29.

³³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Editora dos Advogados, 2003, p.57-58.

classes, o Estado Liberal deixou de atender às condições próprias da civilização industrial e pós-industrial, com seus novos problemas e seus avanços técnicos, econômicos e sociais, acabando por ser sucedido pelo Estado Social de Direito.³⁴

Ao Estado Social de Direito, Ana Bechara, enumera as críticas que fizeram com que o modelo estatal fosse rejeitado e adotado o Estado Democrático de Direito:

- a) O impasse entre a função do Estado em promover os benefícios empresariais e o de aumentar o gasto social destinados a políticas de bem-estar;
- b) Perda da adesão e consenso social, devido ao descumprimento das promessas de diminuição de gastos social;
- c) Aumento do totalitarismo social;
- d) Perda da liberdade individual e;
- e) O aumento a burocratização, que fez com que os cidadãos se tornassem dependentes do Estado.³⁵

Acontece que devido as estas bruscas mudanças ocorridas no modelo do Estado social de Direito, demonstradas acima, fez com que novamente se adotasse outro modelo estatal, qual seja o Estado Democrático de Direito.

2.3. Bem jurídico-penal e as suas transformações no Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito nasce como solução aos problemas dos modelos estatais anteriores, aqui já discutidos. Este novo sistema estatal tem como objetivo criar condições sociais que proporcionem efetivamente o desenvolvimento social.

Diante dos diversos problemas decorrentes da adoção do modelo Social, nasce a fórmula do Estado Democrático de Direito, supondo não apenas a tentativa de submeter a atuação do Estado Social – à qual não se quer renunciar – aos limites formais do Estado de Direito, mas também de sua orientação material à democracia. Nesse novo contexto, o Estado deverá

³⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Pena**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2014, p. 39.

³⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Pena**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2014, p. 41.

criar condições sociais que favoreçam efetivamente o desenvolvimento de seus cidadãos.³⁶

Para Maria Luiza Schäfer Streck não resta dúvidas que o Estado Democrático de Direito foi responsável por inúmeras e definitivas alterações no atual mundo jurídico atual.

Uma importante alteração é que a partir do novo paradigma que a Constituição do Brasil estabelece, não se pode mais analisar o Direito Penal e o Processual Penal sob o prisma sob outros modelos Estatais. Isso se deve a inserção a Constituição de princípios que servem de proteção as arbitrariedades estatais e como garantia da efetivação dos direitos fundamentais.

Não resta a menor dúvida que o advento do Estado Democrático de Direito foi responsável por profundas e definitivas alterações no mundo jurídico contemporâneo. A partir do novo paradigma estabelecido pela Constituição do Brasil de 1988, não se pode mais analisar o Direito Penal e Processual Penal sob o prisma de um modelo que serviu de base para as teorias liberal-individualistas do século XIX. A Constituição proporcionou a inserção de um arcabouço principiológico, responsável por conferir, ao indivíduo e à sociedade, uma “blindagem” contra as arbitrariedades estatais, bem como garantias de efetivação dos direitos fundamentais.³⁷

No mesmo sentido Fernando Capez destaca que é do Estado Democrático de Direito que partem princípios que regulam não só o Direito Penal, mas também os mais diversos campos de atuação humana.

No Direito Penal o princípio da dignidade humana é a principal fonte reguladora e orientadora de todo o sistema penal, e que o transforma em um Direito Penal Democrático, e é a partir dele que surge diversos outros princípios próprios do Direito Penal.

Tal princípio está contido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, é através da dignidade humana que o legislador irá de orientar na definição das condutas ilícitas.

³⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Pena**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2014, p. 41-42.

³⁷ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Posto Alegre: livraria do advogado editora, 2009, p. 53.

Do Estado Democrático de Direito partem princípios regradores dos mais diversos campos da atuação humana. No que diz respeito ao âmbito penal, há um gigantesco princípio a regular e orientar todo o sistema, transformando-o em um direito penal democrático. Trata-se de um braço genérico e abrangente, que deriva direta e imediatamente deste moderno perfil político do Estado brasileiro, a partir do qual partem inúmeros outros princípios próprios afetos à esfera criminal, que nele encontram guarida e orientam o legislador na definição das condutas delituosas. Estamos falando do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III).³⁸

É também Fernando Capez que afirma o princípio da dignidade humana orienta todo o Direito Penal, e que qualquer norma que contrarie o conteúdo deste princípio será materialmente inconstitucional, já que afronta o próprio Estado Democrático de Direito.³⁹

Por oportuno é importante informar que foi como advento do contexto socioeconômico pós-revolução industrial, que se iniciou o reconhecimento de direitos materiais de dimensão coletiva e do processo coletivo na forma como atualmente o conhecemos.⁴⁰

O Brasil recepcionou o Estado Democrático de Direito pelo artigo 1º, caput da Constituição Federativa do Brasil de 1988. Tal artigo é notadamente o mais importante da renomada Carta, pois é dela que transcorre todos os princípios fundamentais.

A Constituição Federal brasileira, em seu art. 1º, caput, definiu o perfil político-constitucional do Brasil como o de um Estado Democrático de Direito. Trata-se do mais importante dispositivo da Carta de 1988, pois dele decorrem todos os princípios fundamentais de nosso Estado.⁴¹

Lenio Luiz Streck alerta que apesar de decorrido anos desde a promulgação da Constituição de 1988, não há nada que indique que se tenha avançado na superação em que passa o Direito Penal e consequente mente na teoria do bem jurídico.⁴²

³⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

³⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

⁴⁰ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber e; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizados.** São Paulo: editora Método, 2011, p. 7.

⁴¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

⁴² STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público.** 3. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19.

O problema em não se avançar nesta crise em que o Direito Penal passa é que se persiste no modelo de produção penal liberal-individual, ou seja, os legisladores estão preparados historicamente no enfrentamento de conflitos individuais (comuns), não geraram ainda condições necessárias para enfrentar para enfrentar os conflitos de cunho transindividual (coletivos).

Tais conflitos de cunho transindividual, são notadamente os conflitos que mais fazem parte do atual cenário da Sociedade Brasileira. Para se verificar tal conflito basta verificar a ineficácia do sistema jurídico penal na prevenção e combate aos crimes do colarinho branco⁴³.

Persistimos atrelados a um paradigma penal de nitida feição liberal-individualista, isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividualista; não engedramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual, os quais compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da Sociedade Brasileira. Basta-nos, para tanto, verificar a ineficácia dos *establishment* jurídico-penal na prevenção – e mesmo no combate – aos cognominados crimes do “colarinho-branco”.⁴⁴

Destarte, se verifica que há uma nítida crise envolvendo a concepção de bem jurídico em pleno Estado Democrático de Direito. Tal crise necessita com urgência de uma mudança atual escala de valor dado aos bens jurídicos e assim adequá-los a suas correspondentes dignidades constitucionais.⁴⁵

Um dos motivos dessa crise no Direito Penal diz respeito a extensão das funções do conceito de bem jurídico que surge diante das divergências conceituais entre os penalistas liberais, que defendem uma função limitadora, e pelos

⁴³ Crime do colarinho branco é aquele cometido por alguém que, em função de ocupar uma privilegiada posição social e econômica, a utiliza para de forma ilegal e não-violenta obter ganhos pessoais ou corporativos. O termo surgiu nos anos 1940 quando o criminologista norte-americano Edwin Sutherland o usou para qualificar os crimes econômicos cometidos geralmente por executivos que ocupavam os mais altos postos das empresas e por políticos. Entre os principais crimes desse tipo estão a lavagem de dinheiro, violações das leis antitruste, sonegações fiscais, obstrução da justiça, fraudes, corrupção e formação de quadrilhas. Com a evolução nas formas de fazer negócios e na tecnologia, os crimes cometidos usando computadores e redes de comunicação de dados, fraudes nos planos de saúde e violações da propriedade intelectual também tornaram-se frequentes crimes do colarinho branco. O conluio entre empresas para fixar preços e dividir mercados (**cartel**) e fraudes em obras públicas estão também entre os crimes do colarinho branco mais comuns. Disponível em < <http://pessoas.hsw.uol.com.br/crime-colarinho-branco.htm> > acesso em 11 de maio de 2016.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. 3. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. 3. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 20-21.

orientadores comunitaristas⁴⁶ opondo-se as ideias liberais, propõem uma concepção do conceito mais organizativa, interventiva e atenta a realidade social.

Tal divergência conceitual ainda não foi ainda devidamente pacificada pelo conceito dogmático de bem jurídico, o que acarreta na confusão quanto aos bens que devem ter predominância em uma escala hierárquica de relevância axiológica⁴⁷, e dessa maneira receberem a devida tutela penal.

Verifica-se, no particular, uma grave controvérsia acerca da extensão e das funções desse conceito (bem jurídico) a partir do dissenso surgido entre a postura dos penalistas liberais, que defendem uma função limitadora do conceito, e aqueles de orientação comunitarista, cuja posição quanto a finalidade à funcionalidade dessa instituição jurídica assenta-se em uma concepção organizativa, interventiva e atenta à realidade social. Essa contenta não foi ainda suficientemente percebida e apreendida pelo conceito dogmático de bem jurídico, e este conflito acarreta uma confusão quanto aos bens que devem prevalecer uma escala hierárquica axiológica, para fins de serem relevantes penalmente e, portanto, merecedores de tutela dessa natureza.⁴⁸

Para a solução deste problema conceitual faz-se necessário o estudo dogmático que diferencie cada bem jurídico, individual, coletivo e social, e assim de forma adequada poder tutelar através do direito penal.

2.4. Bens jurídicos-penais transindividuais.

Para Tatiana Moraes Cosate o Bem Jurídico Transindividual vem a ser aquele que tem “uma titularidade difusa⁴⁹, pertencente à sociedade como um todo,

⁴⁶ O comunitarismo propõe que o indivíduo seja considerado membro inserido numa comunidade política de iguais. E, para que exista um aperfeiçoamento da vida política na democracia, se exija uma cooperação social, um empenhamento público e participação política, isto é, formas de comportamento que ajudem ao enobrecimento da vida comunitária. Consequentemente, o indivíduo tem obrigações éticas para com a finalidade social, deve viver para a sua comunidade organizada em torno de uma só ideia substantiva de bem comum. Disponível em < <http://bocc.ubi.pt/pag/goncalves-gisela-COMUNITARISMO-LIBERALISMO.html>> acesso em 11 de maio de 2016.

⁴⁷ Axialógico é tudo aquilo que se refere a um **conceito de valor** ou que constitui uma axiologia, isto é, os valores predominantes em uma determinada sociedade. O aspecto axialógico ou a dimensão axialógica de determinado assunto implica a noção de escolha do ser humano pelos valores morais, éticos, estéticos e espirituais. A axiologia é a teoria filosófica responsável por investigar esses valores, concentrando-se particularmente nos valores morais. Etimologicamente, a palavra "axiologia" significa "teoria do valor", sendo formada a partir dos termos gregos "*axios*" (valor) + "*logos*" (estudo, teoria). Disponível em < <http://www.significados.com.br/axiologico/>> acesso em 11 de maio de 2016. STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. 3. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 21-22.

⁴⁹ O direito difuso apresenta-se como um direito transindividual. Tendo um objeto indivisível, titularidade indeterminada e interligada por circunstância de fato

estando além do indivíduo, como o meio ambiente, a saúde pública, as ordens econômicas e financeiras”.⁵⁰

Para Ana Bechara os direitos transindividuais

[...] são complementares aos individuais, tal qual afirma o amplo setor da doutrina, encontrando por vezes um referente tangível nos diversos interesses vitais dos sujeitos individualmente considerados, não gera a necessidade de que os tipos penais que materializam sua proteção se dirijam imediatamente ao indivíduo para definir sua estrutura, restando clara sua autonomia conceitual.⁵¹

A Constituição Federal de 1988 em seu Capítulo I do título II traz a categoria dos bens coletivos, mas não os menciona em nenhum de seus incisos, esta é a pergunta que o renomado doutrinador, Jose Afonso da Silva, se faz, onde estão tais direitos dentro do artigo 5º?

A rubrica do Capítulo I do Título II anuncia uma especial categoria dos direitos fundamentais: os *coletivos*, mas nada mais diz a seu respeito. Onde estão, nos incisos do art. 5º, esses direitos? ⁵²

Jose Afonso da Silva informa que houve propostas, na Constituinte, para se abrir um capítulo próprio para os direitos coletivos, mas que tal proposta não prosperou. E muitos desses direitos tidos como coletivos permanecem na Constituição como Direitos sociais.⁵³ Neste capítulo seriam incluídos direitos como:

... o de acesso à terra urbana e rural, para nela trabalhar e morar, o de acesso de todos ao trabalho, o direito a transporte coletivo, à energia, ao saneamento básico, o direito ao meio ambiente sadio, o direito à melhoria da qualidade de vida, o direito à preservação da paisagem e da identidade histórica e cultural da coletividade o direito às informações do Poder Público a requerimento de sindicatos e associações em geral (que o Senador José Paulo Bisol chamou de *visibilidade e corregedoria social dos poderes*) os direitos de reunião, de associação e de sindicalização, o direito de manifestação coletiva, incluindo-se aí o direito de greve, o direito de controle

⁵⁰ COSATE, Tatiana Moraes. **Direito Penal Mínimo: A idoneidade da proteção penal dos bens jurídicos transindividuais**. Curitiba: Editora Juruá, 2015, 84.

⁵¹ BECHAARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Pena**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2014, p. 228.

⁵² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. ver. São Paulo: Malheiros, 1997, p 191.

⁵³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. ver. São Paulo: Malheiros, 1997, p 192.

de mercado de bens e serviços essenciais à população e os direitos de petição e de participação direta.⁵⁴

Existem hoje novas e ampliadas formas de tutela e deveres, resultado das mudanças de modelo Estatal, a afirmação do Estado social assumiu novos deveres (v.g., assistência e promoção) e novos riscos (v.g., manipulação genética, energia nuclear, transgênicos) estas mudanças advindas do processo evolutivo do Estado liberal para o Estado Social e do Estado Social para o Estado democrático de direito tais deveres e riscos transcendem a esfera do individual indo para a esfera transindividual.

Assiste-se, na atualidade, a novas e ampliadas formas de tutela, resultado do processo evolutivo do Estado liberal para o Estado social, e à afirmação deste último, que engendra a assunção de novos deveres (v.g., assistência e promoção), novos riscos (v.g., manipulação genética, energia nuclear, transgênicos) e encaminhamentos, tal como o de salvaguarda de direitos que transcendem a esfera individual, e se projetam em grupos ou na sociedade globalmente considerada. Emergem, nesse contexto, novos bens jurídicos ou ampliam-se os já existentes.⁵⁵

Importante demonstrar aqui que a categoria dos bens transindividuais recebem distintas denominações doutrinárias, os mesmos bens transindividuais também são conhecidos como bens metaindividuais, universais e macrosociais. Apesar das nomenclaturas diversas tem o mesmo sentido, ou seja, que não se limitam a um único indivíduo.

Insta salientar que a categoria transindividual recebe denominações diversas por parte da doutrina, tais como bens jurídicos metaindividuais, universais e macrosociais. No entanto, em que pese a variabilidade designativa, o importante é consignar que todas estas nomenclaturas apontam um único sentido: estes bens pertencem a todos, não se limitando a um único indivíduo, senão à sociedade. Ou seja, tais bens são dotados de indivisibilidade, no sentido de ser impossível fracionar a sua fruição em partes numéricas.⁵⁶

⁵⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. ver. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 192.

⁵⁵ PRADO, Regis Luiz. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 1, parte geral** – arts. 1º a 120. 9. ed., ver. atual. e ampl. Editora revistas dos tribunais. Ano 2010, p. 264.

⁵⁶ COSATE, Tatiana Moraes. **Direito Penal mínimo: A idoneidade da proteção penal dos bens jurídicos transindividuais**. Curitiba: editora Juruá, 2015, p. 85.

Um importante bem jurídico transindividual é o meio ambiente, este que ganhou Capítulo próprio, inserido no Título da ordem social da Constituição, o artigo 225 da Carta Magna. Tal artigo tem a função de proteger o meio ambiente.

A proteção ao meio ambiente atualmente é compreendida como uma proteção a um direito fundamental, já que para que se tenha uma vida digna, se faz necessário um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A proteção ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana.⁵⁷

No mesmo sentido tem-se que o “meio ambiente e qualidade de vida fundem-se no direito à vida, transformando-se num direito fundamental. Por isso que a maioria das Constituições passou a protegê-la mais intensamente como garantia coletiva”.⁵⁸

Ocorre que na proteção no que toca os direitos e deveres, incube ao estado medidas positivas para essa proteção, com isso aba o estado situando na dupla face do princípio da proporcionalidade qual seja a proibição de excesso e a proibição de proteção insuficiente, ou seja o Estado não pode atuar excessivamente, mas não pode suas medidas serem insuficiente ao mesmo tempo.

[...] se, por um lado, o ente estatal não pode atuar de modo excessivo, intervindo na esfera de proteção de direitos fundamentais a ponto de desatender aos critérios da proporcionalidade ou mesmo a ponto de violar o núcleo essencial do direito fundamental em questão, também é certo que o Estado, por força dos deveres de proteção aos quais está vinculado, também não pode omitir-se ou atuar de forma insuficiente na proteção de tal direito, sob pena de sua ação (no primeiro caso) ou omissão ou mesmo ação insuficiente (no segundo caso), implicar violação da ordem jurídico-constitucional.⁵⁹

⁵⁷ SILVA, José Afonso, **Direito Ambiental Constitucional**, 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 60.

⁵⁸ SIRVINSKAS, Luís Paulo, **Manual de Direito Ambiental**, 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 115.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. Número 58. Outubro-Dezembro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2012 p. 49-50.

Outro importante bem jurídico transindividual é o Direito do Consumidor que também ganhou status de direitos fundamental ao ser recebido pelo artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal.

O direito do Consumidor é um reflexo das mudanças sociais e econômicas nos mercados de produção, distribuição e de consumo. O ato de consumo sempre esteve presente em todo processo histórico da humanidade, com as operações de trocas de mercadorias, mas foi depois da revolução industrial que se intensificou. Com o desequilíbrio entre os grupos de fornecedores e dos consumidores é que se agravou a crise de consumo, fazendo-se necessário sua tutela protetiva.⁶⁰

A improbidade administrativa também faz parte dos bem jurídicos transindividuais. A existência de um governo honesto, probo, zeloso pelas coisas públicas é condição essencial ao Estado Democrático de Direito.⁶¹

⁶⁰ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber e; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizados**. São Paulo: editora Método, 2011, p. 379-380.

⁶¹ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber e; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizados**. São Paulo: editora Método, 2011, p. 617.

3. PRINCÍPIOS ORIENTADORES PARA UM DIREITO PENAL CONCRETIZADOR DA CONSTITUIÇÃO

A construção dogmática penal, fonte que classifica os princípios que vierem a servir de fonte para o direito penal, deve partir de uma opção filosófica, ou seja, que estude os problemas fundamentais relacionados à existência do homem para que assim assente os seus fundamentos, fundando seus princípios basilares.

A construção dogmática do sistema penal deve partir de uma opção filosófica que assente os seus fundamentos. Trata-se, em última análise, de uma definição política sobre as bases que sustentarão o edifício dogmático, que fundarão os princípios basilares.⁶²

A adoção do modelo Democrático de Direito como fundamento político/jurídico de organização institucional requer ao menos o marco inicial, sobre o qual se erige o sistema dogmático. Tem-se a consagração da força normativa constitucional depois da Segunda Guerra Mundial, colocando assim a Carta Magna como elemento basilar para a construção do Direito Penal.

A adoção do modelo Democrático de Direito como fundamento político/jurídico de organização institucional brasileira determina ao menos o marco inicial, sobre o qual se erige o sistema dogmático. Em realidade, a consagração da força normativa constitucional após a Segunda Guerra Mundial coloca o Diploma Magno como elemento basilar e primeiro para a construção do sistema penal.⁶³

As ideias de igualdade e de liberdade conquistadas no período iluministas, deram ao Direito Penal um aspecto menos cruel do que o que imperava no Estado Absolutista. Tais ideias estabeleceram limites ao Estado na intervenção das liberdades individuais.

Muitos dos princípios limitadores Estatais conquistados no período iluminista então passaram a estar presentes nos países democráticos, e sendo recepcionados por suas constituições como garantia máxima aos direitos fundamentais do cidadão.

⁶² BOTTINI, Pierpaolo Cruz, O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 88. Janeiro-fevereiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2011, p. 268.

⁶³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 88. Janeiro-fevereiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2011, p. 268.

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.⁶⁴

Nesse mesmo sentido Luiz Regis Prado afirma que o pensamento jurídico moderno reconhece que o alvo do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos, uma vez que são essenciais ao indivíduo e a comunidade, e que são norteados por princípios penais fundamentais.⁶⁵

Estes princípios encontram-se em sua maioria abrigados no texto constitucional de forma explícita ou implícita, norteadando o Direito Penal.

Tais princípios são provenientes de valores éticos culturais e jurídicos vigente de uma determinada comunidade social, ou uma certa época, que num processo histórico-político se tornaram basilares para a democracia.

Tais princípios, que se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, formam por assim dizer o núcleo gravitacional, o ser constitutivo do Direito Penal. São eles derivados, em sua origem, dos valores ético-culturais e jurídicos vigentes em uma determinada comunidade social, numa certa época, foram se impondo num processo histórico-político contínuo como basilares à sociedade democrática.⁶⁶

Seguindo o Estudo temos que o Direito Penal tem sua construção assentada nos princípios constitucionais, com isso pretende-se dizer que as normas penais devem sempre estar de acordo com os princípios constitucionais.

É a partir dos princípios constitucionais explícitos ou implícitos, que orientam o interprete no campo da aplicação penal, que se constroem e materializam os institutos dogmáticos,⁶⁷ ou seja, a partir de uma concretização progressiva de conceitos a que se encontre uma solução aplicável ao caso concreto.

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal; parte geral vol.1**. 20. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva. Ano 2014, p. 49.

⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 7. ed., ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 68.

⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 7. ed., ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 68.

⁶⁷ A dogmática jurídica é o método de observar, analisar e atuar perante o Direito segundo orientações cujos pressupostos são provados de forma cognitiva ou são levantados por experiências

Os princípios constitucionais oferecem ao interprete as pautas para a argumentação válida no campo da aplicação da norma penal. A partir deles serão construídos e materializados os institutos dogmáticos, em uma progressiva concretização de conceitos derivados, até o desenvolvimento último de orientações pragmáticas que solucionem os casos concretos.⁶⁸

Em suma, a existência dos princípios norteadores do Direito Penal é fundamental para a compreensão do próprio sistema penal, servem também de fundamento e limite ao Direito Penal. Dentre estes princípios a proporcionalidade se sobressai, pois, este princípio busca a qualificação entre o injusto e a pena, ou seja, entre a gravidade ou resultado e a pena do comportamento delituoso.

3.1. Princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, apesar de retomar a Antiguidade, foi apenas no período Iluminista que conseguiu firmar-se como um verdadeiro pressuposto penal, em muito devido a obra “Dos Delitos e das Penas” do renomado autor Cesare Beccaria, que afirma na obra acima citada que as penas deverem ser proporcionais aos delitos cometidos e ao dano causado a sociedade, para Beccaria o dano causado a sociedade era a verdadeira medida dos crimes.

Embora sua origem remonte à Antiguidade, foi só com o Iluminismo, em especial com a obra de Cesare Beccaria, que o princípio da proporcionalidade se afirmou como um verdadeiro pressuposto penal. Para esse autor as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos, e, de certo modo, ao dano causado à sociedade. O dano à sociedade é a verdadeira medida dos crimes.⁶⁹

Pretende-se dizer aqui que embora tenha sido consagrado com movimento Iluminista, o princípio da proporcionalidade já estava presente na Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 15º, que dispunha que “A

reais geradas por casos concretos ocorridos anteriormente. Há, ainda, a possibilidade de a orientação ser fundamentada em valores e princípios gerais do Direito. Disponível em < <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/filosofia-do-direito/3050-breve-introducao-ao-estudo-da-dogmatica-juridica>> acesso em 28 de abril de 2016.

⁶⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, **O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**. In revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 88. Janeiro-fevereiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2011, p. 269.

⁶⁹ PRADO, Regis Luiz. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 1, parte geral – arts. 1º a 120**. 9. ed., ver. atual. e ampl. Editora revistas dos tribunais. Ano 2010, p. 150.

lei não deve discernir senão penas estritamente e evidentemente necessárias: - As penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade”.⁷⁰

O que se almejava com o princípio da proporcionalidade era a eliminação, dentro do possível, de toda e qualquer intervenção tida como desnecessária do Estado na vida privada dos cidadãos.⁷¹

Para Rogerio Sanches Cunha o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito, manifestação lógica para a individualização da pena. Que deve se ajustar a importância social do bem jurídico tutelado, mas, sem desconsiderar as condições pessoais do agente.

Trata-se de princípio constitucional implícito, desdobramento lógico do mandamento da individualização da pena. Para que a sanção penal cumpra a sua função, deve se ajustar à relevância do bem jurídico tutelado, sem desconsiderar as condições pessoais do agente.⁷²

Assim, no plano abstrato deve o legislador ficar atento a este princípio, para se alcançar a almejada proporcionalidade no plano concreto.

Pierpaolo Cruz Bottini aduz que, o problema em se alcançar a medida adequada de proporcionalidade entre a pena e o injusto, é que não existem critérios claros sobre parâmetros para a sua aplicação correta. Salienta ainda o autor que a dicotomia do injusto entre desvalor da conduta e desvalor do fato afeta a aferição da proporcionalidade, deste modo a pena ficara relacionada ao tamanho da gravidade ou falha ética do agente, com esta falha ocorre um empobrecimento das bases ontológicas⁷³ dificultando assim se estabelecer critérios claros sobre os parâmetros para a correta medida de proporcionalidade na aferição da pena imposta ao agente.

Ocorre que mesmo neste campo em que a teoria da pena convive com a proporcionalidade, não existem critérios claros sobre os parâmetros para

⁷⁰ **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO** Disponível em <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/DeclaraDirHomemCidadao1793RecDidaPES SOALJNETO.pdf>> acesso em 11/04/2016.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal; parte geral vol.1**. 20. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva. Ano 2014, p. 66.

⁷² CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**, parte geral. 3. ed., ver., amp., e atual. Bahia: editora Juspodivm. 2015, p. 98.

⁷³ Parte da filosofia que estuda o ser e a existência. Usado como argumento por vezes para provar a existência de Deus a priori, a partir da pura análise do próprio conceito de Deus, sem se usar experiência prévia. Disponível em < <http://www.dicionarioinformal.com.br/ontol%C3%B3gico/> > acesso em 24 de abril de 2016.

sua aplicação. A eterna dicotomia do injusto entre desvalor da conduta e desvalor do fato afeta os critérios para a medição da proporcionalidade: a pena estará relacionada à gravidade do resultado ou ao tamanho da falha na concepção ética do agente revelada pela conduta direcionada a este resultado? E o próprio definimento das bases ontológicas da conduta e dos resultados a ela atribuíveis dificulta o estabelecimento apriorístico de parâmetros de proporcionalidade.⁷⁴

Pierpaolo Cruz Bottini traz a atuação do princípio da proporcionalidade em três momentos distintos, quais sejam:

- a) No plano da previsão abstrata: No momento da criação do tipo penal cabe ao legislador avaliar a importância do bem jurídico protegido, ponderar o tamanho do desvalor social do comportamento, a intensidade da lesão ou do perigo, e apontar a pena cabível, sempre observando a relação de proporcionalidade dos crimes com as penas atribuídas a eles.
- b) Na aplicação concreta da pena: preocupação do legislador com a proporcionalidade na fase da constatação do injusto culpável e punível e aplicação da pena.
- c) Na execução da pena: Primeiramente, em relação ao ato praticado, independente da total falta de vontade ou capacidade de ressocialização do agente, não legitimará uma extensão de pena maior que a culpabilidade. Em segundo lugar, em relação à capacidade de reinserção social. Devido a inúmeros benefícios como a progressão de regime, tais como o livramento condicional ou a remissão pode o agente abandonar ou diminuir a execução da sanção.⁷⁵

Seguindo este mesmo estudo Rogério Greco afirma que a proporcionalidade especificamente em caso concreto não é tão temerosa quanto a em abstrato, uma vez que o art. 68⁷⁶ do Código Penal estabeleceu o modo trifásico para a aplicação

⁷⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 88. Janeiro-fevereiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2011, p. 272.

⁷⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 88. Janeiro-fevereiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2011, p. 274.

⁷⁶ Fixação da pena

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

da pena permitindo assim ao juiz, no caso concreto individualizar a pena do agente, encontrado dessa maneira a pena proporcional ao delito cometido.

No que diz respeito especificamente à proporcionalidade e m concreto, ou seja, aquela levada a efeito pelo juiz, sua aferição não é tão tormentosa quanto aquela que deve ser realizada no plano abstrato. Isso porque o art. 68 do Código Penal, ao implementar o critério trifásico de aplicação da pena, forneceu ao julgador meios para que pudesse, no caso concreto, individualizar a pena do agente, encontrando, com isso, aquela proporcional ao fato por ele cometido. Assim, por exemplo, se depois de analisar, isoladamente, as circunstâncias judiciais o juiz concluir que todas são favoráveis ao agente, jamais poderá determinar a pena-base na quantidade máxima cominada ao delito por ele cometido, o que levaria, ao final de todas as três fases, a aplicar uma pena desproporcional ao fato praticado.⁷⁷

Do Princípio da Proporcionalidade pode-se extrair duas vertentes, quais sejam: a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente⁷⁸, passa-se agora por oportuno o estudo dessas duas vertentes.

3.1.1. Princípio da Proporcionalidade: Proibição de Excesso (*Übermassverbot*)⁷⁹.

Ingo Wolfgang Sarlet, afirma que a proibição de excesso estabelece um limite a possíveis limitações, adequações ou reformulações dos mandamentos Constitucionais fundamentais. Com isso impossibilita que estes mandamentos venham a ser excessivamente oneroso aos interesses individuais e coletivos de uma sociedade.

Na conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet, a proibição de excesso constitui um limite a eventuais limitações, adequações ou reformulações dos mandamentos fundamentais de uma Constituição, às quais não poderão, sob qualquer hipótese, ser excessivamente onerosas frente os interesses sociais e coletivos.⁸⁰

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.
Cálculo da pena

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

⁷⁷ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal, parte geral**. 14. ed., ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus. 2012, p. 76.

⁷⁸ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal, parte geral**. 14. ed., ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus. 2012, p. 77.

⁷⁹ Termo utilizado na Alemanha para tratar do princípio da proibição de excesso.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Judiciário**, n. 9, mar./maio 2007. *Apud*. LEVY, Wilson. Da crítica da dogmática jurídica à hermenêutica constitucional: reflexões

Por meio da proibição de excesso, que é dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, preocupa-se em proteger o direito de liberdade dos cidadãos, com isso o autor quer afirmar que se pretende de fato evitar punições desnecessárias de condutas que não possuem relevância exigida pelo Direito Penal, ou ainda condutas que mesmo possuindo relevância Penal, foram excessivamente valoradas, fazendo com que a pena em abstrato obtivesse um valor desproporcional a conduta praticada.

Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico.⁸¹

Importante verificar que a proibição de excesso não foi recepcionada expressamente pela nossa Constituição atual, mas ao entendimento de legisladores sua aplicação está garantida por se entender que a proibição de excesso é um princípio norteador do Estado Democrático de Direito, e que se pretendia ser acolhido pela Carta Magna.

A proibição de excesso (Übermaßverbot) não foi acolhida expressamente pelo constituinte de 1988. Contudo, sua aplicação está garantida se se entender – como se deve efetivamente entender – que este é um princípio norteador do Estado Democrático de Direito, o qual foi (ou pretendia-se ser) inaugurado pelo texto constitucional.⁸²

Passa-se a analisar agora a segunda vertente do princípio da proporcionalidade, qual seja: a proibição de proteção deficiente.

sobre a (in)eficácia das normas de proteção do meio ambiente saudável. **Revista Brasileira de Direito Processual** - RBDPro. Belo Horizonte, ano 18, n. 71, jul. / set. 2010.

⁸¹ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal, parte geral**. 14. ed., ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus. 2012, p. 77.

⁸² LEVY, Wilson. Da crítica da dogmática jurídica à hermenêutica constitucional: reflexões sobre a (in)eficácia das normas de proteção do meio ambiente saudável. **Revista Brasileira de Direito Processual** - RBDPro. Belo Horizonte, ano 18, n. 71, jul. / set. 2010.

3.1.2. Princípios da Proporcionalidade: Proibição da Proteção Deficiente (*Untermassverbot*)⁸³.

Com a proibição de proteção deficiente, se pretende garantir a proteção dos direitos fundamentais, uma vez que não se admite que um direito fundamental seja deficientemente protegido, para que essa proteção ocorra poderá o legislador impedir a eliminação de figuras típicas, intervir quando a cominação de uma pena fique aquém do real valor de uma conduta delituosa, ou mesmo impedir alguma aplicação de institutos que venha a favorecer indevidamente o agente.

A outra vertente do princípio da proporcionalidade diz respeito à proibição de proteção deficiente. Quer isso dizer que, se por um lado, não se admite o excesso, por outro, não se admite que um direito fundamental seja deficientemente protegido, seja mediante a eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem que sequer proteger, seja pela aplicação de institutos que beneficiam indevidamente o agente etc.⁸⁴

Ingo Wolfgang Sarlet ensina que sendo o Estado insuficiente na proteção do estado, ocorre uma violação de tutela estatal, e com isso se caracteriza a inconstitucionalidade da medida almejada, tão pouco importando se essa insuficiência tenha sido omissiva ou comissiva. Destaca ser possível a correção pelo Poder Judiciário (no sentido de um poder dever), ou seja, é lhes dado o dever de corrigir a legislação e os atos administrativos inconstitucionais, mediante interpretação conforme os preceitos da Constituição e de acordo com as exigências dos deveres de proteção e da proporcionalidade.⁸⁵

3.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Cesar Roberto Bitencourt pautando em Valério de Oliveira Mazzuoli, afirma que a Constituição elevou a dignidade da pessoa humana a valor fundante da ordem

⁸³ Termo utilizado na Alemanha para o tratamento do princípio da proibição de proteção deficiente.

⁸⁴ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal, parte geral**. 14ª edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus. 2012, p. 78.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. Número 58. Outubro-Dezembro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2012, p 52.

normativa brasileira, tendo por motivo o movimento expansionista dos direitos humanos que se originou após a Segunda Guerra Mundial.⁸⁶

Neste mesmo sentido temos Ingo Wolfgang Sarlet lecionando que além de ter seus valores fundantes da ordem normativa interna também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, que decorrem ou que sejam previstos em tratados internacionais, estando assim de acordo com o que está disposto no artigo 5º, parágrafo § 2º⁸⁷ da Constituição.

Posição semelhante foi, recentemente, adotada na doutrina pátria, sugerindo que o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente enunciado pelo art. 1º, inc. III. Da nossa CF, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5º, § 2º, de nossa Lei Fundamental. Cuida-se de posições exemplificativamente referidas e que expressam o pensamento de boa parte da melhor doutrina, de modo especial no que tange à íntima vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.⁸⁸

O modelo Democrático de Direito reconhece a dignidade da pessoa humana como valor político máximo. Com isso tem-se que a liberdade de determinação do indivíduo deve ser preservada e promovida por políticas públicas estatais positivas ou negativas. Para a sua concretização se faz necessário que sua construção seja pautada por comportamentos específicos para os membros da sociedade.⁸⁹

No ordenamento jurídico atual a dignidade da pessoa humana vem disposto no art. 1º, inciso III da Constituição, como fundamento basilar do Estado Democrático de Direito. Tal princípio reconhece todo indivíduo como sujeito autônomo e capaz de autodeterminação e passível de ser responsabilizados por seus próprios atos.

⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal; parte geral vol.1**. 20. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva. Ano 2014, p. 69.

⁸⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. Ver. atual. e ampl. Porto Alegre: editora dos advogados, 2009, p. 95.

⁸⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, **O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**. In revista Brasileira de Ciências Criminas. Número 88. Janeiro-fevereiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2011, p. 269.

Legitimando assim que todo indivíduo deve ser respeitado pelos demais indivíduos e pelo Estado, não podendo o Estado interferir em suas vidas privadas exceto que essa possibilidade esteja expressa em lei.

Ademais, no art. 1º, III, da Constituição, encontramos a declaração da dignidade da pessoa humana como fundamento sobre o qual se erige o Estado Democrático de Direito, o que representa o inequívoco reconhecimento de todo indivíduo pelo nosso ordenamento jurídico, como sujeito autônomo, capaz de autodeterminação e passível de ser responsabilizado pelos seus próprios atos. Trazendo consigo a consagração de que toda pessoa tem a legítima pretensão de ser respeitada pelos demais membros da sociedade e pelo próprio Estado, que não poderá interferir no âmbito da vida privada de seus súditos, exceto quando esteja expressamente autorizado a fazê-lo.⁹⁰

O direito à vida, a liberdade, a igualdade, correspondem aos direitos mais óbvios da dignidade humana, assim com os direitos políticos são manifestações do princípio democrático e da soberania popular. Com isso se é possível afirmar que boa parte dos direitos sociais estão firmados no princípio da dignidade humana quanto nos que consagram o Estado Social de Direito.

[...] não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, os direitos políticos (de modo especial, o sufrágio, o voto e a possibilidade de concorrer a cargos públicos eletivos) são manifestações do princípio democrático e da soberania popular. Igualmente, percebe-se, desde logo, que boa parte dos direitos sociais radica tanto no princípio da dignidade da pessoa humana (saúde, educação, etc.), quanto nos princípios que, entre nós, consagram o Estado Social de Direito.⁹¹

O Direito Penal afeta a dignidade da pessoa humana ao aplicar a pena, com o intuito de restabelecer a dignidade dos demais membros da sociedade e assim garantir seu funcionamento. Com isso pretende-se afirmar que o Direito Penal protege as expectativas de disposições de bens jurídicos frente as mesmas disposições em relação ao réu.⁹²

⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal; parte geral vol.1**. 20. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva. Ano 2014, p. 49-50.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p 94.

⁹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz, O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 88. Janeiro-fevereiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2011, p. 270.

Importante fixar que, nenhuma pena pode atentar contra dignidade da pessoa humana, uma vez que esta imposição está vedada expressamente e protegida pela dignidade da pessoa humana ou ainda a aplicação de penas cruéis e infames, uma vez que a pena serve como medida de ressocializar o condenado.

Nenhuma pena pode atentar contra a dignidade da pessoa humana, de sorte que é vedada a aplicação de penas cruéis e infamantes, bem como determina que a pena seja cumprida de forma a efetivamente ressocializar o condenado.⁹³

É Bottini que traz uma importante constatação sobre este conflito, ao afirmar que, apesar dele jamais ser superado, pode ele servir de base de um sistema dialético para impedir os excessos do cumprimento da pena que ferem a dignidade do réu.

Esse conflito interno jamais será superado, mas pode constituir a base de um sistema dialético se a previsão e aplicação da pena for limitada por preceitos que impeçam a exagerada mitigação da dignidade do réu, afinal, o absoluto desprezo pelos bens jurídicos do condenado pelo Estado afeta a expectativa de validade destes bens e poderá afetar todo o sentido funcional da pena.⁹⁴

Se faz necessário esclarecer que estas garantias a dignidade da pessoa humana, obtidas através do princípio da proporcionalidade, não se opõe necessariamente apenas contra o Estado, mas contra quaisquer poderes sociais de fato, tais como o crime do colarinho branco, que põe obstáculos às realizações as realizações da políticas publicas a serem realizadas pelo estado, que por sua falta deixa o país em situação calamitosa.⁹⁵

⁹³ AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre, **Coleção sinopses para concurso**; Direito Penal, vol. 1. Bahia: Editoria Jus Podivm, 2014, p. 66.

⁹⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 88. Janeiro-fevereiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2011, p. 270.

⁹⁵ CALLEGARI, André Luís. A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais. **Direito Penal em Tempos de Crise**. Org. Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 97.

3.3. Princípio da Responsabilidade Penal

O Direito Penal Primitivo tem como característica a responsabilização da conduta delitiva em razão de um resultado e raramente dar importância ao elemento subjetivo da conduta. Tal característica é denominada de responsabilidade objetiva.

Nesse sentido Eugenio Luiz Zaffaroni leciona:

A imputação da produção de um resultado, fundada na causação dele, o que se chama responsabilidade objetiva. A "responsabilidade objetiva" é a forma de violar o princípio de que não há delito sem culpa, isto é, diz respeito a uma terceira forma de tipicidade, que se configuraria com a proibição de uma conduta pela mera causação de um resultado, sem exigir-se que esta causação tenha ocorrido dolosa ou culposamente.⁹⁶

No Brasil Eugenio Luiz Zaffaroni diz acreditar que não existe mais casos de responsabilidade objetiva, em muito devido ao estabelecido nos artigos 18⁹⁷ e 19⁹⁸ do Código Penal.

Estas formas de responsabilidade objetiva estão quase erradicadas no direito penal contemporâneo, sobrevivendo no direito anglo-saxão com o nome de strict liability, e que é criticada por quase toda a doutrina desses países. Em nossa legislação penal, cremos que não há caso de responsabilidade objetiva, especialmente em face das regras estabelecidas pelo parágrafo único do art. 18 do CP e pelo art. 19.⁹⁹

Seguindo o estudo aqui proposto, tem-se a modalidade da responsabilidade subjetiva que apregoa que, todo resultado, objetivamente típico, deve ter na sua produção dolo e culpa, afastando deste modo a responsabilidade objetiva.

Princípio da responsabilidade subjetiva: nenhum resultado objetivamente típico pode ser atribuído a quem não o tenha produzido por dolo ou culpa, afastando-se a responsabilidade objetiva.¹⁰⁰

⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Luiz; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume 1: parte geral. 9 ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 456.

⁹⁷ Art. 18. Diz-se o crime: Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

⁹⁸ Art. 19. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Luiz; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume 1: parte geral. 9 ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 456.

¹⁰⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p 44.

Para melhor visualizar tal princípio Fernando Capez traz o seguinte exemplo:

Tome-se o exemplo de um sujeito que acaba de conhecer um hemofílico e, após breve discussão, lhe faz um pequeno corte no braço. Em face da patologia já existente, a vítima sangra até morrer.

O agente deu causa à morte (*conditio sine qua non*), mas não responde por ela, pois não a causou com dolo (quem quer matar corta a artéria aorta, não o braço), nem com culpa (não tinha como prever o desfecho trágico, pois desconhecia a existência do problema anterior). É a inteligência do art. 19 do CP.¹⁰¹

Com os avanços das sociedades, as pessoas jurídicas começaram a desempenhar um papel de maior relevância diante da ordem econômica e consequentemente gerando alguns conflitos, um destes conflitos diz respeito a responsabilização da pessoa jurídica, para tanto tem-se duas teorias, a teoria da ficção e a teoria da realidade.

Desde o final do século XVIII, quando as pessoas jurídicas começaram a desempenhar papel de maior relevância perante a ordem econômica, as teorias da ficção, cujo principal defensor foi Savigny, e da realidade, defendida fundamentalmente por Otto Gierke, debatem a questão.¹⁰²

A teoria da ficção, tem como principal defensor Savigny, esta teoria parte de um conceito de direito subjetivo, ligada a ideia de individual, ou seja, somente o homem poder se detentor de direitos e deveres, com isso surge a criação das leis, considerada como uma ficção por esta teoria.

Enquanto que a teoria da realidade defendida por Gierke a pessoa jurídica é enxergada como um ser real, que expressa suas vontades, as chamadas de vontades coletivas, e que exerce capacidade de querer e agir.

Savigny, a partir de um conceito de direito subjetivo vinculado à ideia de sujeito individual, nega realidade jurídica aos entes morais, qualificando-os como uma ficção. Gierke, por sua vez, orientado por teorias organicistas das ciências biológicas, admite que através de seus mais variados órgãos, a pessoa jurídica expressa sua vontade, chamada de vontade coletiva, exercendo inequívoca capacidade de querer e de agir.¹⁰³

¹⁰¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 44-45.

¹⁰² TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2015, p.225.

¹⁰³ TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2015, p.225.

A princípio, a pessoa jurídica não possui capacidade de ser responsável penalmente, já que o ordenamento jurídico penal se guia através da responsabilidade penal subjetiva, com isso se tem que para que alguém seja considerado culpado por algum resultado tido como delituoso é necessário haver culpabilidade.¹⁰⁴

O principal argumento contrário a responsabilidade penal da pessoa jurídica é que inexistente responsabilidade sem culpa. Uma vez que o ente coletivo é considerado como ente desprovido de inteligência e vontade, que são elementos necessários para a compreensão da conduta ilícita ou de autodeterminação, ou seja, não seria por si só capaz de cometer crimes.

Hodiernamente, o principal argumento que se apresenta de maneira contrária à responsabilidade penal da pessoa jurídica é o de que inexistente, nesta quadra do Direito, responsabilidade sem culpa.¹⁰⁵

Aline Barandas destaca a importância em buscar punir de maneira subjetiva os delitos tributários cometidos pela pessoa jurídica, para ela essa busca é sinônimo de se fazer cumprir todos os requisitos dos delitos, quais sejam a ação/omissão típica, ilícita e culpável, além de dar a sociedade ciência de quem é o verdadeiro criminoso (pessoa natural) que desfalca as verbas públicas, e não a empresa na qual se cometeu tal conduta, pois está sem o agente é inerte.

Buscar punir de maneira subjetiva os delitos tributários causados pela pessoa jurídica é fazer cumprir todos os requisitos do delito (ação/omissão típica, ilícita e culpável), além de dar a resposta buscada pela sociedade sobre quem é o verdadeiro criminoso, o nome e sobrenome daquele que desfalca as verbas públicas, e não qual a empresa que pratica tal conduta, pois está sem o agente é inerte, é incorruptível.¹⁰⁶

A dogmática penal está estruturada sobre o princípio *societas delinquere non potest* (a sociedade não pode delinquir) que se renova diante da constatação de que a empresa atual não é mais o comerciante individual do passado, hoje limitar

¹⁰⁴ BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2012, p. 386.

¹⁰⁵ TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2015, p.225.

¹⁰⁶ BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2012, p. 387.

a responsabilização penal a apenas alguns membros acarretam em desprezar orientações da política criminal, que claramente se confirma com o crescimento dos delitos macroeconômicos e ambiental.¹⁰⁷

Entende-se por crimes macroeconômicos os que envolve delitos econômicos, financeiros, tributários, previdenciários, ecológicos, imobiliários, lavagem de capitais, evasão de divisas, corrupção política etc.¹⁰⁸

De um modo geral são crimes que causam grandes danos sociais, a vítimas concretas ou transindividuais.

A atual Constituição, traz dois artigos que cuidam destas mudanças. Tratando da ordem financeira a Constituição dispõe em seu artigo 173, § 5º¹⁰⁹ e para tratar da responsabilização da pessoa jurídica em crimes ambientais tem-se o artigo 225, § 3º.¹¹⁰

A crítica feita a estes dispositivos diz respeito ao artigo 225, §3º da Constituição em conjunto com o artigo 3º¹¹¹ da lei 9.605/98, que “limitaram-se apenas a prever a responsabilização penal ambiental das pessoas jurídicas, sem qualquer distinção quanto às suas espécies”¹¹², ou seja, se Pessoa Jurídica de Direito Público ou Pessoa Jurídica de Direito Privado.

¹⁰⁷ TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2015, p.226.

¹⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Revista letras jurídicas** núm. 12. primavera de 2011 issn 1870-2155. Disponível em <<http://cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/revista-numero-12-primavera-marzo-septiembre-de-2010>> acesso em 12 de maio de 2016.

¹⁰⁹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

¹¹⁰ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

¹¹¹ Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

¹¹² WEBER, Aline Machado. Sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público. **Revista de Direito Ambiental**. Número 61. Março-Abril. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2010, p. 121.

3.4. Princípio da Ofensividade

No escólio de Yuri Carneiro Coelho, o princípio da ofensividade, por ele chamando de princípio da lesividade, corresponde a uma exigência óbvia de delimitação penal, em dois âmbitos, quais sejam o legislativo e o jurisdicional.

Em âmbito legislativo, o princípio da ofensividade possui natureza constitucional, impedindo o legislador de criar tipos penais, que já existam em abstrato, como tipos indiferentes e anteriores a norma.

Em âmbito jurisdicional, deve permitir ao juiz o dever de excluir a existência de crime, mesmo quando esteja em conformidade com a norma, uma vez que se constate que tal tipo penal seja concretamente inofensivo ao bem jurídico tutelado.

O princípio da lesividade responde a uma clara existência de delimitação do direito penal, em dois níveis, a saber, no legislativo e no jurisdicional-aplicativo, em nível legislativo, o princípio da lesividade (ofensividade), por possuir natureza constitucional, impede o legislador de configurar tipos penais que hajam sido construídos, *in abstrato*, como fatos indiferente e preexistentes à norma, e em nível jurisdicional-aplicativo ele deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, se revela concretamente inofensivo ao bem jurídico tutelado.¹¹³

No mesmo sentido Cezar Roberto Bitentourt leciona que tal princípio no Direito Penal é refletido em dois planos. Primeiramente serve de orientação à atividade legislativa, fornecendo bases político-jurídicas, para que o legislador adote na elaboração dos tipos penais, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo lesivo a bens jurídicos socialmente relevantes.

Em segundo plano serve de critério interpretativo, forçando o interprete legal a encontrar a lesividade ao bem jurídico protegido.

O *princípio da ofensividade* no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, *servir de orientação à atividade legiferante*, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, *servir*

¹¹³ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte. Editora Mandamentos. 2003, p. 122.

de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.¹¹⁴

Importante esclarecer que apesar de o princípio da ofensividade se dividir em dois níveis, mas as funções de cada nível se comunicam e se alteram de acordo com o destinatário, são funções que se completam, como exemplo o autor cita o legislador no seu exercício legislativo, ignorar conteúdo lesivo, devera essa omissão ser suprida pelo juiz ou intérprete.

A despeito da clareza de cada função, não se pode imaginar que se trate de funções incomunicáveis e inalteráveis, sempre com destinatários específicos, como mencionado acima. Aliás, em Direito, convém que se repita, nada é estanque, inalterável e definitivo; não se trata, como se tem repetido, de uma ciência exata. Com efeito, devem-se conceber as duas funções mencionadas como complementares; nesses termos, quando, por exemplo, o legislador, no exercício de sua função legislativa, criminalizar condutas ignorando a necessidade de possuírem conteúdo lesivo, como exige o princípio em exame, essa omissão deve, necessariamente, ser suprida pelo juiz ou intérprete.¹¹⁵

Rogério Greco pautando-se em Nilo Batista, destaca que o princípio da lesividade possui quatro importantes funções, quais sejam:

- a) Proibir a incriminação de uma atitude interna: o que se pretende com essa vertente é impossibilitar a incriminação de um agente por algo que apenas se pensou ou por algum sentimento pessoal;
- b) Proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor: o Direito Penal não poderá punir condutas que não afetar bens de terceiros, (v.g. autolesão, tentativa de suicídio etc.). Amoldam-se também a esta vertente, todos os atos preparatórios que antecedem a execução de uma infração penal, pois se está diante de crime impossível, porque ainda não existe possibilidade de lesão ao bem jurídico e, a descarcerização de usuários de drogas, ainda existe a penalização da conduta, consumir drogas, o que se ocorre é apenas descarcerização mesmo em flagrante;
- c) Proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais: tem-se a função de impedir que o agente seja punido por aquilo que é ou que fez a si

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal; parte geral vol.1**. 20. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva. Ano 2014, p. 61-62.

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal; parte geral vol.1**. 20. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva. Ano 2014, p. 62.

mesmo, uma vez que o Direito Penal é ordem reguladora de conduta (agir), e não tem autonomia para regular o “ser” das pessoas, e;

- d) Proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico: busca afastar a incidência de aplicação penal a condutas que embora sejam tratadas com certo desprezo, não afetam qualquer bem jurídico de terceiro, (v.g. não tomar banho regularmente, tatuar o próprio corpo) condutas que agriam o senso comum, mas que não lesionem a terceiros.¹¹⁶

Com o disposto acima pretende-se informar que o princípio da ofensividade traduz a impossibilidade do Direito Penal em atuar ao menos que haja lesão efetiva, real e concreto a um determinado bem jurídico.

Na esfera dos bens jurídicos transindividuais, estuda-se que a partir do final do século XX, o Direito Penal iniciou um processo de reconhecimento de novos interesses coletivos, causando atrito de diversos direitos fundamentais, até mesmo no próprio conceito de ofensividade que ficou mais amplo, passando de uma tendência crítica a intervenção penal para um contexto criminalizante.¹¹⁷

Esse contexto criminalizante ocorre de maneira antecipada ao comportamento lesivo aos bens jurídicos coletivos, ou seja, está associada a configuração de delitos de perigo abstrato. Fazendo com que haja uma transição da penalização de ofensas concretas a prevenção em grande escala de situações problemáticas, permitindo ao governo reforçar medidas protetivas executadas pela administração pública.¹¹⁸

3.5. Princípio da Legalidade da Norma Penal.

O princípio da legalidade também conhecido como princípio da reserva legal, é a base que estrutura o próprio estado de direito, e também é o elemento fundamental de todo o direito penal, pois é através dele se obtém o sentimento de segurança jurídica.

¹¹⁶ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal, parte geral**. 14^a ed., ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus. 2012, p. 51-53.

¹¹⁷ BECHAARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Pena**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2014, p. 154.

¹¹⁸ BECHAARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Pena**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2014, p. 154.

Tal princípio nos garante o prévio conhecimento dos crimes e suas penas, e proibindo pena diversa a já determinada anteriormente em lei.

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, e também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da "previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado", que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do "sentimento de segurança jurídica" que postula Zaffaroni. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei.¹¹⁹

Com isso pretende se dizer que ninguém poderá ser punido por fato que, no momento da conduta, não esteja previsto em norma legal, como crime por mais prejudicial, cruel ou hediondo possa ser.

Quanto a pena ao fato praticado, esta, só pode ser aplicada até a quantia ou espécie já determinada no tipo penal transgredido, por mais pequena que possa ser.

Assim, ninguém pode ser castigado por um fato que, no momento da conduta, não esteja previsto num preceito normativo como infração criminal, por mais nocivo, cruel ou hediondo que seja. Também, ao fato praticado somente pode ser aplicada a espécie de pena e a possível quantia já prevista no tipo penal transgredido, por mais ínfima que pareça.¹²⁰

Em nosso ordenamento o Princípio da Legalidade encontra-se no artigo 5º, XXXIX¹²¹, da Constituição e no artigo 1º¹²² do Código penal.

Nilo Batista destaca a abrangência do Princípio da Legalidade, que inclui “a pena *cominada* pelo legislador, a pena *aplicada* pelo juiz e a pena *executada* pela administração”,¹²³ ao vedar que “critérios de aplicação ou regimes de execução mais severos possam retroagir”.¹²⁴

¹¹⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 67.

¹²⁰ GIACOMOLLI, Nereu JOSÉ. O Princípio da Legalidade Como Limite Do Ius Puniendi e Proteção Dos Direitos Fundamentais. **Direito Penal em tempos de crise**. Org. Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 156.

¹²¹ **XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

¹²² Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

¹²³ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 68.

¹²⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 68.

Nereu José Giacomolli leciona que o Princípio da Legalidade é um princípio constitucional, que limita o poder do Legislador, ao determinar que a produção legal seja clara precisa e determinada obedecendo a Constituição, limita também o poder jurídico do órgão acusador, pois este não poderá ultrapassar as barreiras legais previamente autorizadas no exercício da pretensão acusatória, e limita também o poder jurídico dos Juízes e dos Tribunais, impedindo que estes possam criar tipos penais ou aplicar sanções criminais que não existam no momento da conduta.¹²⁵

Nilo Batista, afirma ser a principal função do Princípio da Legalidade, a função constitutiva, por ser através dela que se estabelece a positividade jurídico-penal, ou seja, a criação do crime e imposição de uma pena.

Leciona ainda Nilo Batista que o Princípio da legalidade ao excluir as penas ilegais, constituiu ao mesmo tempo a pena legal.

Sem dúvida, a principal função do princípio da legalidade é a função *constitutiva*, através da qual se estabelece a positividade jurídico-penal, com a criação do crime (pela associação de uma pena qualquer a um ilícito qualquer). Nem sempre se percebe que o princípio da legalidade não apenas *exclui as penas ilegais* (função de garantia), porém ao mesmo tempo *constitui a pena legal* (função constitutiva).¹²⁶

O princípio da legalidade pode ser decomposto em quatro funções, a primeira delas proibir a retroatividade da lei penal; a segunda, proibir a criação de crimes e penas pelo costume; a terceira, proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; e a quarta, proibir incriminações vagas e indeterminadas (taxatividade).¹²⁷

Se faz importante informar que a previsão de tipos penais em mais abertos e, o emprego de leis penais em branco para o enfrentamento da criminalidade que fere os bens jurídicos transindividual, em nada fere o princípio da legalidade. Já que

¹²⁵ GIACOMOLLI, Nereu JOSÉ. O Princípio da Legalidade Como Limite Do Ius Puniendi e Proteção Dos Direitos Fundamentais. **Direito Penal em tempos de crise**. Org. Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 158.

¹²⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 68.

¹²⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 69-77.

essa possibilidade surge como técnica legislativa para a adaptação do Direito Penal a atual realidade criminosa.¹²⁸

3.6. Princípio da Intervenção Mínima do Estado.

Dispõe Yuri Carneiro Coelho, que o princípio da intervenção mínima estabelece ao Direito Penal, o dever de proteção de bens jurídicos considerados fundamentais, somente quando for necessário a convivência pacífica em sociedade, e somente quando outros meios de intervenção menos gravosa, como o Direito Administrativo, Civil, previdenciário etc., não forem suficientes na proteção a estes bens jurídicos.

Ou seja, o Direito Penal só poderá intervir como último recurso de proteção.

O princípio da intervenção mínima estabelece que o direito penal só deve atuar quando for necessária a proteção de bens jurídicos considerados fundamentais à convivência pacífica em sociedade e somente quando formas menos gravosas de intervenção não sejam suficientes para evitar a lesão ao bem jurídico.

Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*.¹²⁹

Cabe informar que “o princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal”¹³⁰.

Impõe-se tal princípio ao legislador e ao interprete da lei, por estar sua natureza contida em outros princípios jurídicos-penais dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático.¹³¹

¹²⁸ TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2015, p.137.

¹²⁹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003, p. 113.

¹³⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 85.

¹³¹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 85.

Nilo Batista, informa que o princípio da intervenção mínima se relaciona com duas características do Direito penal, qual seja a fragmentariedade e a subsidiariedade.

Ao princípio da intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: *fragmentariedade* e a *subsidiariedade*. Esta última, por seu turno, introduz a debate sobre a *autonomia* do direito penal, sobre sua natureza *constitutiva ou sancionadora*.¹³²

Do caráter da subsidiariedade decorre a lógica de que o Direito Penal só poderá intervir quando outros ramos do Direito não forem eficazes, e só então o Direito Penal poderá intervir.

Isso porque o legislador considera que o Direito Penal é a forma mais grave de violência contra a liberdade humana, e por esse motivo é que o Direito Penal deve se restringir a ilicitudes menos graves e intervir somente quando a ofensa a bens jurídicos considerados fundamentais for considerada intolerável pela sociedade.

Decorre este caráter subsidiário, primeiramente, da unidade lógica do direito, porque esta ilicitude jurídico-penal pode surgir apenas e na medida em que os outros ramos do direito não tenham tido eficácia, para que, posteriormente, seja chamado o direito penal a intervir. Segundo, decorre de razões de política criminal, por motivos já anteriormente salientados, de que o legislador, em face do direito penal ser a forma mais grave de violência praticada contra a liberdade humana, deve se restringir a considerar ilicitudes penais aquelas manifestações mais graves de ofensa aos bens jurídicos considerados fundamentais no seio de uma sociedade.¹³³

Já o caráter da fragmentariedade, tem-se que a proteção aos bens jurídicos não é exclusiva do Direito Penal, visto todo ordenamento jurídico se ocupa desta proteção. Isso posto, tem-se, que nem todo dano a bem jurídico deve ser defendido pelo Direito Penal, ou seja, serão defendidos penalmente bens jurídicos que

¹³² BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 85.

¹³³ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003, p. 115.

sofrerem certas formas de agressão (ação ou omissão), consideradas mais graves, socialmente intoleráveis e assim se transformarem em objeto de criminalização.¹³⁴

¹³⁴ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 7. ed., ver. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 87.

4. CRÍTICA A ATUAL LEGISLAÇÃO PENAL QUE NORMATIZA AS RESPOSTAS AS VIOLAÇÕES AOS BENS JURÍDICOS-PENAIIS TRANSINDIVIDUAIS

4.1 A necessária mudança na forma de responsabilização penal – responsabilização da pessoa natural e da pessoa jurídica

Como já ficou demonstrado, é desde o século XVIII que o papel das pessoas jurídicas ganhou maior relevância e, se potencializou no período da Segunda Guerra mundial.

Importante destacar ainda que, com o progresso econômico principalmente após a Revolução Industrial fez com que a figura do comerciante com era vista se modificasse, e hoje a figura do comerciante individual não é a mesma do passado.

Diante destas mudanças é que se faz necessário a tutela para a proteção contra novos delitos que venham a surgir, já que a não verificação destes delitos implica na impunidade criminal destes agentes. Importa ainda informar que novas formas de delitos surgem diariamente e atingem várias áreas econômicas como a previdenciária, a tributária, a ambiental, etc.

[...] diante da constatação de que a empresa de hoje não é mais o comerciante individual do passado e que, no atual estágio da sociedade moderna, limitar a possibilidade de responsabilização penal a apenas alguns de seus membros implica em ignorar fundadas orientações de política criminal, notadamente diante da delinquência macroeconômica e ambiental.¹³⁵

Afirma Aline Barandas ser a constituição Federal de 1988, ser o marco brasileiro de retomada da Democracia, um documento liberal de inúmeras garantias as liberdades do cidadão.

[...] o marco da retomada brasileira a Democracia, um documento liberal, que traz direitos como a liberdade na economia, defende a livre concorrência, a propriedade privada, a liberdade no exercício profissional e a divisão mais igualitária dos resultados econômicos.¹³⁶

¹³⁵ TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2015, p.226.

¹³⁶ BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2012, p. 387

Tais preceitos garantista acima mencionados, estão presentes no artigo 170¹³⁷ da Constituição.

De tal modo é ainda importante esclarecer que esta intervenção do Estado nas atividades econômicas deve ser sutil e permitida quando for necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme dispõe o artigo 173, *caput*¹³⁸, da Constituição Federal.

Destarte, o texto constitucional consagrou uma economia descentralizada, mas também autorizou o Estado a intervir como agente normativo e regulador das atividades econômicas, ou seja, o Estado tem a finalidade de intervir para fiscalizar, incentivar e ainda faz o planejamento indicativo ao setor privado, isso sempre observando os princípios constitucionais de ordem econômica.¹³⁹

Tamanha proteção constitucional aos agentes econômicos se deve ao intuito de garantir melhores condições de vida a população brasileira. Tal fato faz com que alguns legisladores vejam uma falta de nexo no sentido de a Constituição querer imputar a pessoa jurídica responsabilidade penal através dos artigos 225, §3º e 173, § 5º.

A proteção constitucional dos agentes econômicos garante melhor condições de vida aos brasileiros, o que leva a enxergar a falta de nexo no sentido da própria Constituição Federal querer imputar à pessoa jurídica

¹³⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹³⁸ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

¹³⁹ BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2012, p. 388.

responsabilidade penal (como sugerem alguns, já que uma pena imputada ao ente coletivo o reprimiria de sua função na sociedade.¹⁴⁰

O problema em responsabilizar penalmente a pessoa jurídica é que essa responsabilidade foge da pretendida pela população em geral que não quer ver a pessoa jurídica simbólica penalizada, mas sim o agente a que deu causa ao delito, este sim é quem deve ser investigado, julgado e punido mediante a sua culpabilidade.

Aline Barandas afirma que:

Lutar pela imputação subjetiva em crimes que envolvam a pessoa jurídica é lutar pelos ideais mais claros da nossa lei, buscar e corrigir com proporcionalidade o agente culpado por desvirtuar a sociedade, sem crueldade ou ato desumano. Apenar o ente coletivo é distorcer a voz do constituinte a favor de uma política pragmática e imediata.¹⁴¹

Vale lembrar que a Constituição brasileira não adotou a pessoa jurídica de responsabilidade penal, a responsabilização penal da pessoa jurídica brasileira continua a ser a pessoal¹⁴² como determina o artigo 5º, inciso XLV:

XLV- nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Com isso pretende-se dizer que sempre que possível se identificar o agente do ato ilícito praticado em nome da pessoa jurídica este deverá responder penalmente.

Vale informar que existem aqueles que são contrários a responsabilidade individual, e lutam para que a responsabilidade recaia sobre a pessoa jurídica. Como já acontece nos crimes ambientais, que apesar estas penas estão limitadas a

¹⁴⁰ BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2012, p. 388.

¹⁴¹ BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2012, p. 389.

¹⁴² BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2012, p. 414.

suspensão de atividades, fechamento da empresa, ou responder pecuniariamente aos danos.¹⁴³

Sabe-se que isso é muito pouco diante das ofensas praticada pela pessoa jurídica, e que se cabem tais penas aos crimes econômicos.

A sanção penal só deve ser considerada legítima em casos de grave lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos fundamentais, como *ultima ratio legis*, na falta absoluta de outros meios jurídicos eficazes e menos gravosos. Essa tendência político-criminal restritiva ao *jus puniendi* deriva do Direito Penal moderno e da concepção material de Estado de Direito. O que se encarece, nesse passo, é que seja utilizada a lei penal para a efetiva punição das pessoas físicas (v.g., diretores) que se ocultam atrás das pessoas jurídicas e se utilizam de seu poder como instrumento para a prática delitiva.¹⁴⁴

Cabe aqui informar que além das penas da Lei 9.605/1998, ou seja suspensão de atividades, fechamento da empresa, ou responder pecuniariamente aos danos, não conseguirem impedir o cometimento de crimes, ainda lesionam pessoas inocentes, que pelo simples fato de trabalhar na empresa ou pelo cargo que exerce são apontadas por leis inconstitucionais como autoras do delito, e consequentemente punem também os consumidores destas empresas e toda uma sociedade.

Além das penas da Lei 9.605/1998 não conquistarem estes fins, o que estas medidas operam são punições a pessoas inocentes – apontadas por leis inconstitucionais como, autoras de delitos – que naquelas empresas trabalham honestamente, punem os consumidores desta empresa e toda uma sociedade, trazem prejuízos àqueles que nada fizeram.¹⁴⁵

Tais penas trazidas pela Lei 9.605/1998 fere o princípio da personalidade da pena, pois com a suspensão das atividades ou ao fechar uma empresa restará aumentar o desemprego e prejuízo ao mercado econômico.

Outra preocupação existente diz respeito a possibilidade de se fazer com que a corporação responda é que em nada “vai atingir o autor do delito, este pode

¹⁴³ BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2012, p. 414.

¹⁴⁴ PRADO, Regis Luiz. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 1, parte geral** – arts. 1º a 120. 9. ed., ver. atual. e ampl. Editora revistas dos tribunais. Ano 2010, p. 440.

¹⁴⁵ BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2012, p. 414.

montar outra empresa para continuar suas práticas ilícitas, ou simplesmente continuar sua vida, sem responder por nada”.¹⁴⁶

Vale lembrar eu a pena tem como função “aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis”.¹⁴⁷

Acontece que tal finalidade se comporta de maneira distinta com a pessoa jurídica, já que este não pode ser visto como um perigo social como acontece com a pessoa natural, o perigo social é a pessoa que age através da pessoa jurídica, pois é deste que surge a vontade de delinquir e, é este que continuará a delinquir se a pena não o alcançar.

A esta finalidade que busca a pena não se comporta a pessoa jurídica figurando como autor do delito, a pena construída sobre esta ótica não terá efeitos sobre este autor, pois o ente coletivo que opera na nossa sociedade não pode ser visto como um perigo social a ser combatido, o perigo social é a pessoa que age através dela, pois é esta pessoa que tem vontade de delinquir, que age delituosamente, e é esta pessoa que continuará violando a ordem jurídica se não for alvo da prevenção, a pena tem que buscar intimidar esta pessoa e não o ente coletivo que é inerte neste âmbito.¹⁴⁸

As penas restritivas de direitos também não se amoldam as pessoas jurídicas, uma vez que para se fazer jus as penas restritivas de direitos têm que levar em conta o previsto no artigo 44 do Código Penal, ou seja ter bons antecedentes, não ser reincidente na prática do delito e não usar de violência ou grave ameaça. Acontece que o Código Penal também adverte que o descumprimento injustificado destas medidas acarretará em alterar a pena restritiva de direitos para privativa de liberdade, o que se observa ser uma medida impossível de se cumprir.

Já as penas restritivas de direito não se moldam à pessoa jurídica porque levam em conta o delito praticado e a pena prevista, mas precipuamente o caráter do agente: se de bons antecedentes, se não reincidente, na prática do delito se não usou de violência ou grave ameaça, conforme dispõe o art. 44 do CP. A própria lei adverte que se o condenado demonstrar

¹⁴⁶ BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2012, p. 41.

¹⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal; parte geral vol.1**. 20. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva. Ano 2014, p. 93.

¹⁴⁸ BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2012, p. 415.

descumprimento injustificado da restritiva de direito, esta será convertida em privativa de liberdade – medida impossível de se aplicar ao ente moral.¹⁴⁹

Sérgio Salomão Shecaira afirma que a insuficiência do Direito Penal tradicional no combate às condutas ilícitas vinculadas às empresas é evidente. E mesmo aqueles que não são a favor da responsabilidade da pessoa jurídica estudam este problema sob a perspectiva da necessária criminalização de condutas que afetem o âmbito econômico ou ecológico.

O problema fica em torno da ampla reforma penal, que vem descriminando certos bens jurídicos transindividuais e individuais, rebaixando-os a crimes de menor potencial ofensivos, enquanto criminaliza outros, que o legislador de maneira quantitativa classifica de maior potencial ofensivo.

A insuficiência do direito penal tradicional como mecanismo de controle de condutas ilícitas vinculadas às empresas é, hoje em dia, evidente. Mesmo aqueles que não concordam com a responsabilidade penal da pessoa jurídica estudam o problema sob a perspectiva da necessária criminalização de condutas que venha a disciplinar crimes econômicos ou ecológicos. Se por um lado a ampla reforma do direito penal que se está a exigir aponta para o caminho da descriminalização (chamada criminalidade de bagatela, de crimes de natureza moral, de bens jurídicos irrelevantes, etc.), indica, em contrapartida, a criminalização de várias condutas. São situações que hoje estão praticamente à margem do direito penal positivo: terror e terrorismo, poluição ambiental, atentados ao consumidor, evasão de capitais, etc.¹⁵⁰

O que se observa no presente trabalho é a omissão no tratamento adequado dos bens jurídicos transindividuais, que são rebaixados axiologicamente pelo presente pensamento que liberal-individual incrustado ainda nos dias atuais nos penalistas brasileiros.

¹⁴⁹ BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2012, p. 415-416.

¹⁵⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2. ed. 1. tir. São Paulo: Método, 2003, p. 112 *apud* TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2015, p.228.

4.2. A elevação da eficiência da proteção por meio do reconhecimento da alta ofensividade dos crimes contra direitos transindividuais.

Lenio Luiz Streck chama a atenção, ao observar que, apesar de ter se passando anos desde que o atual Código Penal entrou em vigor o conceito de bem jurídico merece em rediscussão, com o intuito de se ampliar o que venha a ser o menor ou maior potencial ofensivo.

E trazer à baila respostas a um importante questionamento, qual seja, “Afinal, o que significa a expressão “infração de menor potencial ofensivo?”, como bem salienta Lenio Luiz Streck..

Passados tantos anos desde a entrada em vigor do atual Código Penal, parece(ria) razoável supor que o conceito de bem jurídico, enfim, da densificação do que seja menor ou maior potencial ofensivo, forjados no modelo liberal-individualista, merece(ria)m uma (re)discussão. Afinal, o que significa a expressão “infração de menor potencial ofensivo? Mais do que isto, é preciso repetir a pergunta: Poderia o legislador – fazendo tábula rasa – isonomizar tipos penais tão discrepantes entre si, envolvendo bens jurídicos tão díspares?¹⁵¹

Os crimes de menor potencial ofensivo foram criados pela Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, Lei esta que institui os juizados especiais. Para tratar destes delitos tidos como de menor potencial ofensivo tem-se o artigo 61 dispondo que os delitos de menor potencial ofensivo são, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Para Maria Luiza Schäfer Streck esse limite de pena acaba por englobar crimes que lesionam bens jurídicos diversos, numa espécie, de como ela determina, de artificial isonomia legal.

Acontece que o legislador ao se atentar apenas ao limite da pena deixa de observar outros requisitos, objetivos ou subjetivos, e assim passa a considerar da mesma gravidade, ou quase sem gravidade, desrespeitando assim princípios como a proporcionalidade e proibição da proteção deficiente.

¹⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Os Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional**. SILVA, Edgard Moreira da, (Coord.). Caderno Jurídico - outubro/02 - Ano 2 - n.º 5 – ESMP. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/juizado_especial_criminal.pdf> acesso em 17 de maio de 2016, p. 74.

Ao que parece, esse limite de pena acaba por englobar crimes que protegem bens jurídicos absolutamente diversos, numa espécie de “artificial isonomia legal”. Assim, o legislador, sem respeitar quaisquer outros requisitos, sejam eles objetivos ou subjetivos, acaba por considerar de mesma gravidade, ou melhor dizendo, quase sem gravidade, delitos que em um Estado Democrático de Direito merecem guarida estatal, sob pena de estarem violando o princípio da proporcionalidade em seu viés positivo.¹⁵²

No mesmo sentido Eloah Lavinie que afirma que existem doutrinadores que questionam a constitucionalidade da referida lei ao promover a “isonomização” das infrações penais protetoras de bens jurídicos distintos, sobre a identificação de menor potencial ofensivo.

Nesse ponto, há de se registrar que sua voz não é isolada na doutrina e há quem sustente mesmo a inconstitucionalidade desta lei por promover a isonomização das infrações penais protetoras de bens jurídicos de diversos quilates, sob a mesma rubrica de menor potencial ofensivo.¹⁵³

Indigna-se Maria Luzia Schäfer Streck ao observar que bens jurídicos que traduzem interesses relativos aos direitos fundamentais, como também aqueles que têm como alvo a proteção de bens transindividuais, serem rebaixados axiologicamente a qualidade de menor relevância jurídica.

[...] como podem bens jurídicos que traduzem interesses relativos aos direitos fundamentais, bem como aqueles que visam a proteger bens transindividuais, serem axiologicamente rebaixados a uma condição de menor relevância jurídica, como quis o legislador ao colocar sob o título de “menor potencial ofensivo”.¹⁵⁴

É substancialmente fácil encontrar na legislação brasileira crimes que ofendam bens macrosociais, ou seja, crimes que ofendam os sistemas sociais de diversos setores, como o sistema político ou a ordem econômica, mas que ao

¹⁵² STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais.** Posto Alegre: livraria do advogado editora, 2009, p. 149.

¹⁵³ ELOAH, Lavinie. **A teoria do bem jurídico e a tutela dos direitos transindividuais pelo legislador penal brasileiro: uma proteção eficiente?**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/34934/a-teoria-do-bem-juridico-e-a-tutela-dos-direitos-transindividuais-pelo-legislador-penal-brasileiro-uma-protecao-eficiente>> acesso em 17 de maio de 2016.

¹⁵⁴ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais.** Posto Alegre: livraria do advogado editora, 2009, p. 150.

atenderem critérios puramente objetivos tornam-se crimes de menor potencial ofensivo.¹⁵⁵

Estes crimes tidos como de “menor potencial ofensivo”, encontram-se espalhados pela nossa Constituição, e em leis, tais como: exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134); subtração de incapazes (art. 249); maus-tratos (art. 136); atentado ao pudor mediante fraude (art. 216); assédio sexual (art. 216-A); crimes contra a ordem tributária (art. 2º da Lei 8.137/90); crimes ambientais (arts. 32; 45; 50 da Lei 9.605/98); crimes cometidos contra criança e adolescente (arts. 228; 229; 230; 231; 232; 234; 235; 236; 242; 243; 244 da Lei 8.069/90); crimes ocorridos em licitações (arts. 93; 97; 98 da Lei 9.666/93).

Além destes exemplos é de se notar que existem outros, tais como: porte ilegal de arma, abuso de autoridade, desacato e desobediência, como aponta Lenio Luiz Streck.

[...] não parece razoável supor que delitos como porte ilegal de arma, abuso de autoridade, desacato, desobediência, crimes contra crianças e adolescentes, crimes contra a ordem tributária, crimes nas licitações, para citar apenas alguns, possam ser epitetados como de *menor potencial ofensivo* (sic) a partir de uma simples formalidade legislativa.¹⁵⁶

Com a exemplificação acima percebe-se todos estes bens jurídicos recebem proteção Constitucional, o problema se encontra na forma como o legislador os tratou, transformando-os em crimes de potencialidade lesiva baixa, ao fazer isso o legislador acabou por desrespeitar o princípio da proporcionalidade, e consequentemente cometendo inconstitucionalidade por proteção deficiente.

Percebe-se, a partir da exemplificação, que todos os bens jurídicos em questão estão protegidos pela Constituição, sejam os que dizem respeito aos bens jurídicos de primeira dimensão, quanto aos de segunda e terceira dimensões, de forma que o legislador ao transformá-los em crime de baixa potencialidade lesiva, acabou violando o princípio da proporcionalidade em

¹⁵⁵ ELOAH, Lavinie. **A teoria do bem jurídico e a tutela dos direitos transindividuais pelo legislador penal brasileiro: uma proteção eficiente?**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/34934/a-teoria-do-bem-juridico-e-a-tutela-dos-direitos-transindividuais-pelo-legislador-penal-brasileiro-uma-protecao-eficiente>> acesso em 17 de maio de 2016.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. Os Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional. SILVA, Edgard Moreira da, (Coord.). **Caderno Jurídico** - outubro/02 - Ano 2 - n.º 5 – ESMP. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/juizado_especial_criminal.pdf> acesso em 17 de maio de 2016, p. 74.

seu viés positivo e, por consequência, fazendo inconstitucionalidades por proteção deficiente.¹⁵⁷

Lenio Luiz Streck traz à baila os seguintes questionamentos “alguém acredita que o crime de abuso de autoridade ou o crime de abandono de recém-nascido sejam infrações com pequeno potencial ofensivo?”.¹⁵⁸

Fica claro que o legislador necessita rever os conceitos que levaram a caracterizar tais crimes como de menor potencial ofensivo, “adquiriram o status de “crimes proto-insignificantes”, “soft crimes” ou “crimes quase-bagatelares¹⁵⁹”, senão propriamente “crimes de bagatela””.¹⁶⁰

Como pode a lei inicialmente informar as garantias constitucionais e logo depois desconsiderar seus preceitos?

Esta indagação também é feita por Maria Luzia Schäfer Streck:

Então, indaga-se: seria constitucional equiparar um crime que viola tantos direitos fundamentais a um crime de menor potencial ofensivo? Como pode o Estado, por um lado, querer proteger o direito à vida por via constitucional e, por outro, a partir da Lei 10.741/03, alçá-la à categoria de crime menos grave, passível de transação penal?¹⁶¹

O que se observa muitos legisladores e aplicadores do direito tem uma visão distorcida quanto a vigência de uma lei, afirma Maria Luzia Schäfer Streck que, uma lei vigente não é necessariamente uma lei válida, não é porque ela está vigente que não se deve questionar sua constitucionalidade.

¹⁵⁷ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Posto Alegre: livraria do advogado editora, 2009, p. 151.

¹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Os Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional. SILVA, Edgard Moreira da, (Coord.). **Caderno Jurídico** - outubro/02 - Ano 2 - n.º 5 – ESMP. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/juizado_especial_criminal.pdf> acesso em 17 de maio de 2016, p. 69-70.

¹⁵⁹ Crime de bagatela é o crime de menor conteúdo ofensivo. É aquele de ínfima relevância penal, seja por haver desvalor na conduta do agente, seja por haver desvalor no resultado.

¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. Os Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional. SILVA, Edgard Moreira da, (Coord.). **Caderno Jurídico** - outubro/02 - Ano 2 - n.º 5 – ESMP. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/juizado_especial_criminal.pdf> acesso em 17 de maio de 2016, p. 70

¹⁶¹ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Posto Alegre: livraria do advogado editora, 2009, p. 152.

Não é porque o legislador usou um critério quantitativo que se deve atirar para dentro do rol todos os delitos que atendam a este requisito sem observar a gravidade contra estes bens jurídicos.

O que deve se ter em mente é que estes bens jurídicos não perderam sua relevância só porque receberam uma nova classificação.

Aqui, mais uma vez podemos observar que, ao contrário do que pensa o legislador, e muitos aplicadores do direito, uma lei vigente não é uma lei válida – esqueceram-se da diferença ontológica! Não é porque está na Lei que não devemos questionar sua validade constitucional. Não é, também, porque o legislador usou um critério quantitativo de pena que devemos, a partir de agora, fechar os olhos e “atirar” para dentro do rol dos crimes de menor potencial ofensivo aqueles delitos que respondam a esse requisito. O fato de estarem classificados como crimes de menor gravidade não altera, de nenhum modo – diferentemente do que pensou o legislador -, a relação de tipo penal e necessária proteção ao bem jurídico, pois este não ficou menos relevante somente porque recebeu um novo nome classificatório.¹⁶²

A notada crise penal exige uma profunda transformação no imaginário penalista brasileiro, pois o atual, consiste em uma visão distorcida da realidade social que se modificou muito em poucos anos, a visão individual deve ser complementada pela coletiva, e ambas devem caminhar em harmonia e devidamente diferenciadas.

4.3. A exigência de mudança do imaginário sobre os crimes que violam bens jurídicos transindividuais

Lavinie Eloah afirma com convicção o princípio da vedação do excesso a jurisprudência brasileira vem apontando a desproporcionalidade que existe entre alguns dispositivos que tutelam os bens individuais como exemplo a quantidade de jurisprudências no julgamento da inconstitucionalidade da progressão de regime na lei de crimes hediondos.¹⁶³

Não é o mesmo que ocorre com os bens transindividuais, já que existem poucas ou quase nenhuma jurisprudência que questione, a luz do princípio da

¹⁶² STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: livraria do advogado editora, 2009, p. 152.

¹⁶³ ELOAH, Lavinie. **A teoria do bem jurídico e a tutela dos direitos transindividuais pelo legislador penal brasileiro: uma proteção eficiente?.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/34934/a-teoria-do-bem-juridico-e-a-tutela-dos-direitos-transindividuais-pelo-legislador-penal-brasileiro-uma-protecao-eficiente>> acesso em 17 de maio de 2016.

proteção ineficiente, a constitucionalidade dos dispositivos que tutelam os bens transindividuais.¹⁶⁴

Sobre este dilema esclarece Luiz Regis Prado que apesar desta enorme diferença na produção jurisprudencial, não existe nenhuma supremacia entre bens jurídicos individuais sobre os transindividuais.

De logo, e para espancar qualquer dúvida, convém advertir que não há num Estado democrático de Direito nenhuma preponderância do bem jurídico transindividual sobre o individual. Muito ao contrário. O que está em debate aqui nada mais é que a tutela de bens jurídicos que se encontram além do indivíduo em si, que se fazem presentes em uma dimensão mais ampla, grupal ou comunitária, e não sobre o indivíduo, no sentido de lhe ser hierarquicamente superior.¹⁶⁵

Ocorre que a visível a discrepância existente na tutela penal, a bens jurídicos individuais e transindividuais se deve ao modo de tratamento privilegiado pelo legislador penal-liberal, que defendem uma função limitadora do conceito de bem jurídico, ao contrário dos penalistas comunitaristas que buscam incluir na concepção de bem jurídico uma série de valores constitucionais coletivos.¹⁶⁶

O outro fator discrepante é a ideologia liberal individual na produção legislativa é o fato de que a ideologia liberal-individual ser dominante entre os atuais legisladores.¹⁶⁷

Corroborando com estas afirmações Lenio Luiz Streck enumera duas principais hipóteses que demonstram o fato de o porquê a dogmática penal brasileira não ter condições de legitimar um novo conceito de bem jurídico.

A primeira hipótese baseia-se na coerência/incoerência interna, prescindindo de fundamentações e similitude com as correntes mais gerais do pensamento humano em especial com a filosofia política; a segunda hipótese diz respeito a

¹⁶⁴ ELOAH, Lavinie. **A teoria do bem jurídico e a tutela dos direitos transindividuais pelo legislador penal brasileiro: uma proteção eficiente?**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/34934/a-teoria-do-bem-juridico-e-a-tutela-dos-direitos-transindividuais-pelo-legislador-penal-brasileiro-uma-protecao-eficiente>> acesso em 17 de maio de 2016.

¹⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 7. ed., ver. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 152.

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. Os Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional. SILVA, Edgard Moreira da, (Coord.). **Caderno Jurídico** - outubro/02 - Ano 2 - n.º 5 – ESMP. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/juizado_especial_criminal.pdf> acesso em 17 de maio de 2016, p. 63-64.

¹⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 7. ed., ver. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 31.

marca deixada pelo Modelo Liberal-individual, uma concepção ultrapassada de bem jurídico, que persiste em macular a produção legislativa pelo desprezo dos bens transindividuais.¹⁶⁸

O problema em tratar de mesmo modo bens jurídicos tão dispares é a banalização do Direto Penal, e com isso reforça-se a tese da missão secreta do Direito Penal, por ser responsável em direcionar suas sanções as camadas mais pobres e excluídas da sociedade, para os que não possuem condições de enfrentar, adequadamente, as ditas “transações” do mesmo modo que as camadas incluídas o fazem.¹⁶⁹

4.4. Tendências para uma proteção mais efetiva dos bens jurídicos transindividuais.

A rápida evolução tecnológica e o processo de globalização, acabaram por gerar condições de atividades ilícitas que eram inimagináveis ao legislador, uma vez que este está preparado para combater a criminalidade de cunho individual, tal fato acaba em incapacitar o Estado na hora de punir de maneira adequada e suficiente estes novos criminosos.

Esta nova sociedade, conhecida como sociedade de risco, acaba gerando no meio social um sentimento de insegurança, já que não há como calcular todas as possíveis consequências que podem ocorrer nesta nova sociedade, um exemplo claro é o que aconteceu em Mariana (Minas Gerais), o rompimento da barragem, causou inúmeros danos ambientais e mortes, chegando a atingir estados vizinhos.

A evolução tecnológica e o processo de globalização acabam por gerar condições de atividades até então impensáveis, bem como a consequente incapacidade dos Estados em administrar, pelas fórmulas tradicionais, os efeitos negativos deste fenômeno. A sociedade de risco apresenta-nos uma complexidade até então inconcebível, onde se torna absolutamente impossível calcular todas as possibilidades de consequências de nossas ações. Como resultado direto, acaba por gerar no meio social uma profunda (e, talvez, irreal) sensação de insegurança, advinda dos mais remotos

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. Os Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional. SILVA, Edgard Moreira da, (Coord.). **Caderno Jurídico** - outubro/02 - Ano 2 - n.º 5 – ESMP. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/juizado_especial_criminal.pdf> acesso em 17 de maio de 2016, p. 64.

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. Os Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional. In SILVA, Edgard Moreira da, (Coord.). **Caderno Jurídico** – out./02 - Ano 2 - n.º 5 – ESMP. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/juizado_especial_criminal.pdf> acesso em 17 de maio de 2016, p. 73.

acontecimentos, mas que fazem parte de nosso cotidiano em decorrência direta da influência dos meios de comunicação de massa.¹⁷⁰

Rogério Maia Garcia, leciona que “neste contexto, o poder econômico mostra sua face odiosa por meio das mais variadas condutas”¹⁷¹, e que cada dia se torna mais presentes nos mais variados lugares e de formas diversas como, sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crimes ambientais, crimes contra as relações de consumo entre outros.

Neste contexto, o poder econômico mostra sua face odiosa por meio das mais variadas condutas. A criminalização de condutas econômicas, e, conseqüentemente, a visualização destas práticas como tal, torna-se cada vez mais presente, das mais variadas formas (sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crimes ambientais, crimes contra as relações de consumo, etc.) e nos mais variados lugares, haja vista o caráter multinacional, e, por vezes, global, das instituições empresariais.¹⁷²

Como medida para o enfrentamento desta nova modalidade de delitos, que atinge diversas pessoas, é que o princípio da legalidade autoriza a previsão de tipos penais¹⁷³ mais abertos e, em especial, o emprego de leis penais em branco para o devido enfrentamento da criminalidade que fere os bens jurídicos transindividual, e que tal medida em nada fere o princípio da legalidade e seu subprincípio a taxatividade, determina que os tipos penais incriminadores sejam claros, sem margem para dúvida.

Uma vez que o emprego dessa técnica legislativa surge, como medida legislativa necessária e benéfica para a adaptação do Direito Penal a atual realidade criminosa.

¹⁷⁰ GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do Risco e a (In)eficiência do Direito Penal na era da Globalização. **Revista de Estudos Criminais**. Ano V- jan./mar. 2005 – Nº 17. ITEC – instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: Editora Notadez, 2005, p. 77.

¹⁷¹ GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do Risco e a (In)eficiência do Direito Penal na era da Globalização. **Revista de Estudos Criminais**. Ano V- jan./mar. 2005 – Nº 17. ITEC – instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: Editora Notadez, 2005, p. 78.

¹⁷² GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do Risco e a (In)eficiência do Direito Penal na era da Globalização. **Revista de Estudos Criminais**. Ano V- jan./mar. 2005 – Nº 17. ITEC – instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: Editora Notadez, 2005, p. 78.

¹⁷³ TIPO PENAL é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas).

Não obstante, vale a pena ressaltar que a previsão de tipos penais mais em abertos e, em especial, o emprego de leis penais em branco para o devido enfrentamento da criminalidade difusa, com a consequente proteção aos bens jurídico-penais coletivos, em nada fere o princípio da legalidade e seu subprincípio da taxatividade. O emprego dessa técnica legislativa emerge, pois, como medida legislativa necessária e salutar para a adaptação do Direito Penal a essa nova realidade criminosa.¹⁷⁴

Preceitua o princípio da legalidade que o tipo penal necessitar ser claro preciso e determinado. Mas ainda que o sistema puro seja o ideal, o legislador está obrigado a elevar ao máximo os cuidados para aproximar-se ao máximo do ideal preconizado.

Tendo o legislador, em seu desempenho na elaboração do tipo penal se extremado ao máximo, mas ainda não cobrir o número de variáveis de condutas possíveis, torna constitucional a medida de criação de tipos penais abertos.

Tratando-se de um sistema de tipos legais, ainda que o sistema puro seja um ideal, não há dúvida de que o legislador está obrigado a extremar os cuidados para avizinhar-se ao máximo deste ideal. ...o número de variáveis de condutas que, por violarem um dever de cuidado, podem causar a morte de alguém é inimaginável, sendo, portanto, imprevisíveis para o legislador, por mais extremado que ele fosse no desempenho da sua tarefa de elaboração do tipo. Esta é a razão pela qual, neste último caso, o tipo aberto é constitucional.¹⁷⁵

Outra forma de possibilidade de tipo penal aberto é quando não se é possível identificar ou quantificar certo grau de gravidade ou de entidade. “Seja porque é impossível quantificar objetivamente, seja porque o grau de entidade não pode ser precisado senão conforme às circunstâncias de cada caso em concreto”¹⁷⁶.

Ou seja, não sendo possível identificar ou quantificar certo grau de gravidade ou de entidade não resta outro recurso senão entregar ao juiz o fechamento do tipo, dando-lhe uma pauta legal de quantidade ou magnitude.

Há ocasiões em que o tipo tem que indicar certo grau de gravidade, ou de entidade, num conceito que admite quantificação. Seja porque é impossível

¹⁷⁴ TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2015, p.137.

¹⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Luiz; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 390-391.

¹⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Luiz; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 391.

quantificar objetivamente, seja porque o grau de entidade não pode ser precisado senão conforme às circunstâncias de cada caso em concreto, o certo é que aqui também não resta outro recurso senão entregar ao juiz o fechamento do tipo, dando-lhe uma pauta legal de quantidade ou magnitude, que geralmente é proporcionada através de exemplos.¹⁷⁷

Luiz Regis Prado conceitua a lei penal em branco como sendo aquela que “como aquela em que a descrição da conduta, punível se mostra lacunosa ou incompleta, necessitando de outro dispositivo legal para a sua integração ou complementação”.¹⁷⁸

O uso de normas penais em branco e o postula no princípio da legalidade em seu subprincípio da taxatividade são completamente compatíveis constitucionalmente. Desde que esteja garantido o exercício dos demais princípios Penais, especialmente o contraditório e a ampla defesa.

Há, pois, inegável compatibilidade constitucional entre o postulado da taxatividade (*lex certa*) e o emprego, em determinados casos, de normas penais em branco, desde que se garanta, de forma suficiente, o exercício dos demais princípios informadores do Direito Penal e do Direito Processual Penal, notadamente as garantias do contraditório e da ampla defesa.¹⁷⁹

Corroborando com o estudo aqui demonstrado tem-se o relatório do Ministro Gilmar Mendes no *Habeas Corpus* 104.410/RS, no qual o renomado Ministro descarta a possível inconstitucionalidade da criação de tipos penais abertos ou lei penal em branco para o combate aos crimes transindividuais.

Para o Ministro Gilmar Mendes esta medida acaba sendo a melhor alternativa ou a mais eficaz para a proteção aos bens transindividuais.

A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem

¹⁷⁷ ZAFFARONI, Eugênio Luiz; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume 1: parte geral. 9 ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 391.

¹⁷⁸ PRADO, Regis Luiz. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 1, parte geral** – arts. 1º a 120. 9. ed., ver. atual. e ampl. Editora revistas dos tribunais. Ano 2010, p. 184.

¹⁷⁹ TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2015, p.137.

jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

Mas ressalta que o legislador ao criar o tipo deve obedecer ao princípio da proporcionalidade para não ser tachada de inconstitucional.

Finalizando o trabalho cabe aqui tecer uma crítica pessoal. Ficou claro no decorrer do trabalho apresentado que a proteção aos bens jurídicos transindividual ainda hoje não é suficiente para a proteção aos bens transindividuais.

É incabível que em pleno Estado Democrático de Direito não se tenha desenvolvido e diferenciado de maneira satisfatória os conceitos bem jurídicos individuais e transindividual. Isso porque ainda os legisladores atuais permanecem presos a preceitos do século XVIII, de marcado cunho individualista, gerando impunidade e até mesmo o completo descaso com alguns ilícitos.

É o que acontece quando de modo quantitativo e sem observar preceitos, o legislador rebaixa crimes que até no máximo 2 anos, a crimes de menor potencial ofensivo, ofendendo princípios como a proporcionalidade em seu caráter de proibição de proteção deficiente.

Os legisladores precisam o mais rápido possível sanar tais deficiências, pois a criminalidade só tende a aumentar, e enquanto estas obscuridades persistirem, muitos agentes se beneficiarão desta insuficiência de proteção ou sairão impunes, e claro, continuarão a ferir os bens transindividuais.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se pelo exposto que a proteção aos bens jurídicos transindividual não é suficientemente protetiva, já que se tem ainda hoje uma notada crise que envolve o conceito de bem jurídico em pleno Estado Democrático de Direito, em muito, se deve tal fato aos atuais legisladores que permanecem presos a preceitos do século XVIII, de marcado cunho individualista, gerando impunidade.

Acontece que acompanhando as evoluções tecnológicas e a globalização que cresceu muitos nos últimos 50 anos, a criminalidade também se desenvolveu, e condutas que não eram imaginais até então passaram a fazer parte do cotidiano.

Condutas essas atinge bens que pertence a coletividade, e estão além do indivíduo, como exemplo o meio ambiente, a saúde pública, a ordem financeira, tributaria etc., esse que são bens transindividual, porque ultrapassam o indivíduo.

Fica evidente que diante desse pensamento cultural histórico Liberal-individual é ultrapassado para a sociedade atual e que ainda persiste impregnado no legislador brasileiro dos dias atuais, que estes legisladores não estão preparados para o enfrentamento da criminalidade que atinge bens jurídicos transindividuais.

O que o legislador tem que se atentar é aos princípios básicos que regem os bens jurídicos individual e transindividual, ou seja, pautar-se pela Constituição, para a tipificação e conceituação destes bens jurídicos distintos, a visão individual deve ser complementada pela coletiva, e ambas devem caminhar em harmonia e devidamente diferenciadas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber e; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematizados**. São Paulo: Editora Método, 2011.

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Coleção Sinopses Para Concurso: Direito Penal**, volume 1. Bahia: Editoria Jus Podivm, 2014.

BARANDAS, Aline. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BECHAARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Pena**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, volume 1. 20. ed. Ver., amp. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O Princípio da Proporcionalidade na Produção Legislativa Brasileira e Seu Controle Judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 88. Janeiro-fevereiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CALLEGARI, André Luís. A Concretização dos Direitos Constitucionais: Uma Leitura dos Princípios da Ofensividade e da Proporcionalidade nos Delitos Sexuais. *In*. STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de Dinheiro: A questão do bem jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

CAVALLI, Cássio Machado. A Compreensão Jurídica do Dever de Razoabilidade. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP** Belo Horizonte, ano 4, n. 13, abr. / jun. 2006. Disponível em:

<<http://bid.editoraforum.com.br/PDlexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=36075&idPublicacao=6>> acesso em: 21 abr. 2016.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico-Penal**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

COSATE, Tatiana Moraes. **Direito Penal Mínimo**: A idoneidade da proteção penal dos bens jurídicos transindividuais. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**, parte geral. 3. Ed. ver., amp. e atual. Bahia: editora Juspodivm, 2015.

UNIVERSIDADE ESTADUAL E LONDRINA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/DeclaraDirHomemCidadao1793RecDidaPESSOALJNETO.pdf>> acesso em: 11 abr. 2016.

DESTEFENNI, Marcos. **Coleção Sinopses Para Concursos**: direitos transindividuais em espécie. Salvador: editora juspodivm, 2015.

ELOAH, Lavinie. **A Teoria do Bem Jurídico e a Tutela dos Direitos Transindividuais Pelo Legislador Penal Brasileiro**: uma proteção eficiente?. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/34934/a-teoria-do-bem-juridico-e-a-tutela-dos-direitos-transindividuais-pelo-legislador-penal-brasileiro-uma-protecao-eficiente>> acesso em: 17 maio 2016.

GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do Risco e a (In)eficiência do Direito Penal na era da Globalização. **Revista de Estudos Criminais**. Ano V- jan./mar. 2005 – Nº 17. ITEC – instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: Editora Notadez, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu JOSÉ. O Princípio da Legalidade Como Limite Do Ius Puniendi e Proteção Dos Direitos Fundamentais. STRECK, Lenio Luiz. (Org.) **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. A Impunidade da Macrodelinquência Econômica Desde a Perspectiva Criminológica da Teoria da Aprendizagem. **Revista letras jurídicas** núm. 12. primavera de 2011 issn 1870-2155. Disponível em <<http://cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/revista-numero-12-primavera-marzo-septiembre-de-2010>> acesso em: 12 maio 2016.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**; parte geral. 14. ed. Ver., amp. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GUERRA, Sérgio. O Princípio da Proporcionalidade na Pós Modernidade. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP** Belo Horizonte, ano 1, n. 3, out. / dez. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/PDlexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=12543&idPublicacao=6>> acesso em: 20 abr. 2016.

HACHEM, Daniel Wunder. A Responsabilidade Civil do Estado Frente às Omissões Estatais que Ensejam Violação à Dignidade da Pessoa Humana. **AeC - Revista de Direito Administrativo e Constitucional** Belo Horizonte, ano 8, n. 34, out. / dez., 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LEVY, Wilson. Da Crítica da Dogmática Jurídica à Hermenêutica Constitucional: Reflexões Sobre a (in) eficácia das Normas de Proteção do Meio Ambiente Saudável. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**. Belo Horizonte, ano 18, n. 71, jul. / set., 2010.

MEHANNA, Renato. A Proporcionalidade no Direito Brasileiro Algumas reflexões. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Belo Horizonte, ano 11, n. 40, jan. / mar. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/PDlexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=90962&idPublicacao=6>> Acesso em: 24 abr. 2016.

PEREIRA, Dauster Souza; INÁCIO, Mariana Secorun. Crimes de Internet à Luz do Princípio da Proporcionalidade: proibição da proteção deficiente do Estado. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**. Belo Horizonte, ano 20, n. 77, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/PDlexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=78025&idPublicacao=15>> Acesso em: 22 abr. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e Constituição**. 7. ed., ver. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: volume 1; parte geral – arts. 1º a 120. 9. ed., ver. atual. e amp. Editora revistas dos tribunais, 2010.

RIBEIRO, Clairton. **Artigo:** A Histórica Corrupção no Brasil. Disponível em: <http://geraldojose.com.br/index.php?sessao=noticia&cod_noticia=27590> Acesso em: 16 maio 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 10. ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: editora dos advogados, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves Considerações Sobre os Deveres de Proteção do Estado e a Garantia da Proibição de Retrocesso em Matéria Ambiental. **Revista de Direito Ambiental.** Número 58. Outubro-Dezembro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso, **Direito Ambiental Constitucional**, 9. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**, 9. ed. São Paulo: editora Saraiva, 2011.

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: réquiem pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Número 86. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Os Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional. **Caderno Jurídico** - outubro/02 - Ano 2 - n.º 5 – ESMP. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/juizado_especial_criminal.pdf> Acesso em: 17 maio 2016.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição:** a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3. ed. Ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS; José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 3. ed. Porto Alegre: Editora dos Advogados, 2003.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição:** A face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: livraria do advogado editora, 2009.

TANGERINO, Davi de Paiva costa. Culpabilidade e Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Número 86. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens Jurídicos Coletivos:** proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015.

WEBER, Aline Machado. Sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de Direito Público. **Revista de Direito Ambiental.** Número 61. Março-Abril. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Luiz; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** volume 1: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.