

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
FACULDADE DE DIREITO

**ANA MARIA LUMI KAMIMURA MURATA**

**PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA SELEÇÃO DOS BENS JURÍDICO-  
PENAIIS E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO**

CURITIBA

2011

**ANA MARIA LUMI KAMIMURA MURATA**

**PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA SELEÇÃO DOS BENS JURÍDICO-  
PENAIIS E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes.

Coorientador: Prof. Paulo César Busato.

Curso de Direito  
Direito Público

Curitiba  
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA MARIA LUMI KAMIMURA MURATA

**Princípio da intervenção mínima na seleção dos bens jurídico-penais  
e seus reflexos no Direito Administrativo**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

*MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES*  
Orientador

---

*PAULO CÉSAR BUSATO*  
Coorientador

---

*ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO*  
Direito Penal e Processual Penal  
Primeiro Membro

---

*RAFAEL MUNHOZ DE MELLO*  
Segundo Membro

Aos meus pais, por todo o amor, dedicação, educação, apoio incondicional, confiança e inspiração. Por me darem a vida e me ensinarem como bem vivê-la.

À minha irmã, simplesmente por ser quem é.

Aos meus queridos amigos, pelo companheirismo, por fazerem das minhas manhãs um momento de felicidade.

Aos meus professores orientadores, pela sabedoria, paciência e atenção.

## RESUMO

O Estado Democrático e Social de Direito tem como principal função a garantia dos direitos fundamentais. Em decorrência disso, não pode aplicar livremente o Direito Penal, por ser mecanismo violento de controle social. Deve, então, selecionar os bens jurídico-penais pautando-se nos fatores limitadores do *ius puniendi* estatal, quais sejam: o bem jurídico e o princípio da intervenção mínima. Por conta disso, feita a seleção dos bens jurídico-penais, alguns que, em primeira análise se enquadrariam nesta categoria, são retirados da esfera de tutela penal. Porém, estes não deixam de merecer proteção jurídica, devendo haver uma alocação na esfera de outro ramo do Direito. Pela atuação pautada no interesse público e pela aplicação sem a obrigatoriedade da iniciativa por particulares, na maior parte dos casos, é que se aponta para a possibilidade de tutela desta matéria “residual” do Direito Penal ao Direito Administrativo e, em especial, ao Direito Administrativo sancionador.

Palavras-chave: Direito Penal e Direito Administrativo. Limites. Princípio da intervenção mínima. Bem jurídico. Direito Administrativo sancionador.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | <b>7</b>  |
| <b>1 O ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO E SUA FUNÇÃO SELETIVA: BEM JURÍDICO E BEM JURÍDICO-PENAL</b> .....                | <b>9</b>  |
| 1.1 Direitos fundamentais como finalidade do Estado constitucional.....   | 9         |
| 1.2 O Direito como mecanismo de seletividade .....  | 11        |
| 1.3 Bem jurídico .....  | 14        |
| 1.4 Direito Penal e o princípio da intervenção mínima .....   | 15        |
| 1.4.1 Fragmentariedade.....   | 18        |
| 1.4.2 Subsidiariedade .....   | 19        |
| 1.5 Princípio da intervenção mínima.....  | 20        |
| 1.6 Bens jurídico-penais.....   | 21        |
| 1.6.1 Concepção histórica .....   | 22        |
| 1.6.2 Concepção atual .....   | 24        |
| 1.6.3 Seleção dos bens jurídico-penais .....  | 25        |
| <b>2 “INAPTIDÃO” DO DIREITO PENAL PARA TUTELAR DETERMINADOS BENS JURÍDICOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA</b> ..... | <b>29</b> |
| 2.1 Críticas à teoria do bem jurídico.....  | 29        |
| 2.1.1 Teoria monista e teoria dualista.....   | 31        |
| 2.1.2 Proteção de interesses ou direitos coletivos.....   | 33        |
| 2.1.3 Aplicação crítica da teoria do bem jurídico pelo Tribunal Constitucional Alemão.....                                      | 34        |
| 2.2 Prevalência da teoria do bem jurídico na atualidade.....  | 35        |
| 2.3 Bem jurídico-penal e princípio da intervenção mínima.....   | 37        |
| 2.4 Existência de meios mais adequados que o Direito Penal como solução: Direito Administrativo .....                           | 39        |
| 2.5 Direito Administrativo .....  | 40        |
| 2.5.1 Direito Administrativo sancionador.....   | 43        |
| 2.5.2 Direito de mera ordenação social .....  | 48        |
| <b>3 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....   | <b>53</b> |
| <b>4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....   | <b>56</b> |

## INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho centra-se nos limites existentes entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Nesse ambiente fronteiro pretende-se investigar alguns aspectos do eventual processo migratório do Direito Penal ao Direito Administrativo decorrente de fatores limitadores do *ius puniendi* estatal, informados especialmente pela teoria do bem jurídico e pelo princípio da intervenção mínima.

O tema é de grande relevância porque os bens jurídicos “excluídos” da esfera de proteção penal não podem ficar sempre juridicamente desamparados. Motivado por esta problemática, o presente trabalho pretende refletir sobre o regime jurídico aplicável à tutela destes bens jurídicos não penais.

A complexidade do tema sugere muita cautela, pois a alocação “incorreta” pelo legislador pode acarretar graves consequências, como a violação de garantias fundamentais pela aplicação de medidas ou sanções desproporcionais.

Cabe destacar, ademais, que o sentido deste trabalho não é coincidente com a tendência atual de ampliação do escopo do Direito Penal, voltada para a inclusão em seu âmbito de competência de matérias que poderiam ser tuteladas por outros modos mais eficientes, ferindo a natureza de *ultima ratio* do Direito Penal. Um bom exemplo disso é a criminalização de condutas que ameaçam ou lesionam interesses ou direitos coletivos, como o meio ambiente.

Na abordagem do objeto deste trabalho adotou-se um procedimento metodológico linear, informado pelo método dedutivo. Primeiramente, partindo da análise do Estado Social e Democrático de Direito, adotar-se-á como pressuposto metodológico a função garantidora dos direitos fundamentais como essencial para a legitimação e higidez da estrutura estatal. Sob este pressuposto foram indicados os parâmetros primários para a seleção dos valores a serem tutelados pelo Estado.

Em um segundo momento, busca-se determinar o regime jurídico aplicado, a partir do estudo do princípio da intervenção mínima, para, em seguida, estudar a categoria dos bens jurídicos e dos bens jurídico-penais. Como será visto, esses elementos acabam por limitar a atuação punitiva do Estado por meio do Direito Penal.

Em seguida, far-se-á estudo das críticas à teoria do bem jurídico no Direito Penal, para averiguar a sua subsistência no sistema atual, especialmente se acompanha a realidade social e se é, de fato, compatível com a previsão constitucional de proteção dos direitos coletivos ou supraindividuais.

Na sequência será analisado, sem qualquer pretensão de esgotar as possibilidades, o ramo do Direito que aparenta ser mais compatível com a tutela desses bens jurídicos “residuais” do Direito Penal: o Direito Administrativo.

Por fim, será abordado o denominado Direito Administrativo sancionador, verificando semelhanças ou diferenças, que permitam a tutela com os ilícitos não-penais.

Deve-se salientar que o presente trabalho não tem a intenção de esgotar o tema. Ou seja, não será feita análise de todas as possibilidades de “escoamento” da matéria excluída do âmbito penal. Visa-se, apenas, à problematização do assunto: uma primeira aproximação desprovida da pretensão conclusiva voltada fundamentalmente para provocar a atenção da doutrina e dos agentes formuladores de políticas públicas para a existência de um território de “migração” do Direito Penal para o Direito Administrativo.

# 1 O ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO E SUA FUNÇÃO SELETIVA: BEM JURÍDICO E BEM JURÍDICO-PENAL

Para início do estudo, analisa-se a relação do Estado Democrático e Social de Direito e a Constituição da República para, assim, compreender o modo de seleção dos valores dignos de tutela jurídica. Para tanto, parte-se do Estado constitucional, garantidor dos direitos fundamentais.

## 1.1 Direitos fundamentais como finalidade do Estado constitucional

De acordo com Ingo Wolfgang SARLET, os direitos fundamentais integram, “ao lado da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional”<sup>1</sup>. Há uma íntima vinculação das ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. Diante disso, SARLET afirma que “o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente”<sup>2</sup>.

Conforme expõe Daniel Sarmento:

tornou-se corrente [...] a afirmação de que os direitos fundamentais incorporam uma relevante dimensão moral à ordem jurídica, exigindo do Estado e da sociedade em geral a adoção de um tratamento digno em relação a cada pessoa humana<sup>3</sup>.

O Estado tem a função de proteger os direitos fundamentais e faz isso de forma mediada, isto é, através do Direito. Na mesma linha de entendimento, SARLET entende que a Constituição e, conseqüentemente, o Estado constitucional,

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 70.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**: anuário 2004/2005; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura, Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 29.

na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional<sup>4</sup>.

Os direitos fundamentais podem ser considerados condição indispensável de existência de um Estado constitucional democrático, atuando como limitadores e como critério de legitimação do poder estatal<sup>5</sup>. Desta feita, o Estado Democrático de Direito apenas pode atuar de forma legítima quando consagra os direitos fundamentais.

A Constituição brasileira de 1988, “como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais”<sup>6</sup>. Flávia PIOVESAN destaca entre os fundamentos que amparam o Estado Democrático de Direito brasileiro a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Para que os objetivos fundamentais do Estado brasileiro se consagrem, é imprescindível efetivar, na prática, a dignidade e o bem-estar da pessoa humana.

Para fins do presente trabalho, entre os direitos e garantias fundamentais assegurados pelo Estado, salienta-se os de índole individual, conceituados por José Afonso da SILVA como:

direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado<sup>7</sup>.

A Constituição de 1988 classifica os direitos e garantias individuais pelo objeto imediato do direito assegurado, podendo-se citar o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. 2007, ob. cit., p. 70.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 191.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 193-194.

Além destes, não se pode olvidar os direitos coletivos também abrangidos nos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, como os direitos sociais e outros arrolados como o direito ao meio ambiente sadio e ao transporte coletivo<sup>9</sup>.

A vinculação obrigatória do Estado à efetiva tutela de direitos e garantias fundamentais – individuais e coletivas – indica critérios ou parâmetros para a seleção de valores tidos como essenciais à vida em sociedade, merecedores de proteção jurídica.

## 1.2 O Direito como mecanismo de seletividade

Os direitos e garantias fundamentais indicam elementos instruidores, por meio da finalidade do Estado Democrático e Social de Direito, de seleção, que acabam por influenciar aquilo que será recepcionado como objeto de regulamentação e como bem juridicamente tutelado. Ou seja, o sistema normativo do Estado demonstra o espaço de atuação objetivamente disponível. A seletividade opera de modo restritivo a tutelar bens jurídicos compatíveis com a função do Estado<sup>10</sup>.

Esta tutela opera por meio do Direito. Segundo Miguel REALE, a convivência ordenada em sociedade reclama, de modo essencial e indeclinável, o Direito, para garantir minimamente ordem, direção e solidariedade<sup>11</sup>. Diante deste fato, Santi ROMANO concebeu o Direito para além do conceito de regra ou comando, definindo-o como “realização de convivência ordenada”<sup>12</sup>.

No mesmo sentido, Vicente RÁO aborda a função de ordenação social do Direito ao conceituá-lo como:

um sistema de disciplina social fundado na natureza humana, que, estabelecendo, nas relações entre os homens, uma proporção de

---

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. 2010, ob. cit., p. 195.

<sup>10</sup> Para Claus OFFE, seletividade é a “restrição não-aleatória (isto é, sistemática) de um espaço de possibilidades”. OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. **Problemas estruturais do Estado Capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 151.

<sup>11</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>12</sup> Para mais informações sobre o conceito e a atuação do Direito, ver REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

reciprocidade nos poderes e nos deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais e evolucionais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público<sup>13</sup>.

O Direito regula a vida dos indivíduos, individual e coletivamente, tendo como uma de suas finalidades a ordenação. De acordo com Mário Bigotte CHORÃO, “ao Direito compete regular as condutas humanas na vida social, segundo a justiça, sendo a ordem jurídica, propriamente, o resultado dessa ordenação”<sup>14</sup>. Para que esse fim seja alcançado, é necessário que o Direito tutele determinados bens jurídicos, isto é, que o Estado selecione determinados valores que julgue necessários para proteção dos direitos e garantias fundamentais. Esta seleção, segundo Santiago MIR PUIG<sup>15</sup>, dá-se conforme os interesses e valores do grupo social que detém o poder político em cada momento histórico. Estes valores, por sua vez, são ideais da ordem social<sup>16</sup>, no sentido em que indicam as condutas que devem ser adotadas no âmbito social, como tentativa de determinação da realidade social almejada, conforme entendimento de JESCHECK, sendo possível também afirmar que há um momento de valoração prévia, anterior à norma e que posteriormente é positivada ou regulamentada.

O Estado Democrático e Social de Direito seleciona aqueles que visam à “convivência pacífica em sociedade e a partir delas permitir o desenvolvimento harmônico de suas demais atividades”<sup>17</sup>. MIR PUIG aponta que o Direito Penal do Estado social apenas se legitima como sistema de proteção efetiva dos cidadãos<sup>18</sup>. Evidencia-se esta tendência de tutela dos direitos fundamentais com a gradual superação do Estado autoritário, da estrutura inquisitorial, e com a promulgação da

---

<sup>13</sup> RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. V. I. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 42.

<sup>14</sup> CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas Fundamentais de Direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 1986, p. 37.

<sup>15</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte General. 3 ed., cor. e atual. Barcelona: PPU, 1990, p. 137-138.

<sup>16</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4 ed., cor. e ampl. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 6.

<sup>17</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 17-18.

<sup>18</sup> MIR PUIG, Santiago. 1990, ob. cit., p. 104.

Constituição da República de 1988, que “instituiu um sistema de amplas garantias individuais”<sup>19</sup> do cidadão frente ao seus mecanismos de controle social.

Todo este sistema de garantias visa ao exercício do *ius puniendi* de forma equilibrada, para que a intervenção do Estado na esfera privada se dê de forma proporcional e menos violenta possível.

Ademais, não apenas devem ser protegidos os direitos e garantias dos indivíduos, mas os destinatários da norma também devem legitimá-la e conferir-lhe efeito vinculante. Marta Rodriguez de Assis MACHADO e Flávia Portella PÜSCHEL<sup>20</sup> salientam que a seleção de valores e a sua consequente tutela, para ter validade, precisam de um procedimento legislativo democrático, para que o sujeito detentor do direito objeto de tutela e aquele que o viola compreendam as pretensões de validade da norma jurídica. Neste sentido, “o procedimento legislativo democrático exige que a norma jurídica seja resultado de procedimentos decisórios públicos, fundados em razões, dos quais todos os cidadãos têm o direito de participar”<sup>21</sup>.

Então, as autoras resgatam a noção de Klaus GÜNTHER, de que os cidadãos exercem dois papéis distintos: como autores da norma (cidadãos) e como destinatários do direito vinculado pelas normas. É, para o pensador, “a troca de papéis que determina a força vinculante da norma jurídica e localiza a possibilidade de dissenso ao momento do debate político”<sup>22</sup>. O dever de respeito à norma, então, surge do direito e da possibilidade de igual participação do debate público.

Portanto, o Estado, no exercício de sua função garantidora dos cidadãos, por meio de procedimentos legitimadores, seleciona os valores que reputa dignos de proteção para compor a sua estrutura.

---

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 8.

<sup>20</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella. Klaus Günther: culpa penal no Estado Democrático de Direito. **Curso Livre de Teoria Crítica**; Marcos Nobre (org.). Campinas: Papyrus, 2008, p. 255.

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 256.

### 1.3 Bem jurídico

Indicados superficialmente os critérios de escolha de valores a serem tutelados pelo Estado, isto é, os elementos constituintes do processo de filtragem ou da seleção realizada na estrutura estatal voltada para a garantia dos direitos fundamentais, passa-se a analisar a categoria bens jurídicos.

Conforme conceitua Francisco de Assis TOLEDO, bem em sentido amplo é “tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário e valioso”, ou seja, são “coisas reais e objetos imateriais que, além de serem o que são, ‘valem’”<sup>23</sup>. Dos inúmeros bens, o Direito seleciona aqueles que reputa dignos de proteção, para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas, qualificando-os como bens jurídicos.

O bem jurídico, como objeto de proteção do Direito, implica em uma abstração e em uma generalização<sup>24</sup>. Segundo pensamento de LISZT<sup>25</sup>, o bem jurídico não é um bem do Direito, mas sim um bem dos homens reconhecido e protegido pelo Direito – interesses jurídicos tutelados ou protegidos<sup>26</sup>. Então, quando diferentes interesses humanos são recebidos pelo Direito e, por conseguinte, regulados, transformam-se em bens jurídicos.

Impõe-se ressaltar a importância deste momento de seleção dos bens jurídicos, nas suas dimensões axiológica e empírica. Não apenas porque possibilita genericamente uma tutela jurídica, mas também porque exerce função de guia interpretativo para adequação dos casos que realmente se enquadram nessa categoria e devem, sob a ótica da seleção, ser tutelados – possibilitando tutela jurídica efetiva nos casos concretos<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15.

<sup>24</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Vol. I. Tradução de Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 93-95.

<sup>25</sup> GOLDSTEIN, Raúl. **Diccionario de derecho penal y criminologia**. 3 ed., atual. e ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993, p. 128.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 429.

<sup>27</sup> MIR PUIG, Santiago. 1990, ob. cit., p. 141.

Assim, quando o legislador define quais são os bens merecedores de tutela jurídica, deve, em um segundo momento, atribuir a sua proteção aos diferentes ramos do Direito, conforme sua pertinência e afinidade.

#### 1.4 Direito Penal e o princípio da intervenção mínima

Comparado aos demais ramos do Direito, o Direito Penal possui algumas particularidades, pois “não pode intervir sempre que forem produzidas perturbações à vida comunitária, mas sim há que se limitar à proteção dos valores fundamentais da ordem social”<sup>28</sup>. Ora, é mecanismo violento de controle social e atua na última fase, como último recurso, por refletir diretamente na liberdade do indivíduo. Constitui etapa violenta da intervenção no controle social, sempre mais gravosa<sup>29</sup>, sendo primordial que a sua utilização seja equilibrada, isto é, não seja medida extrema quanto à sua amplitude ou gravidade.

Isto porque a intervenção do Estado social no âmbito penal apenas se justifica quando absolutamente necessária para a proteção dos indivíduos. A restrição à liberdade e o encaminhamento para uma sociedade cujo Direito Penal é mínimo, deve se dar apenas quando sua atuação seja verificada concomitantemente útil e necessária para que atinja a finalidade desejada<sup>30</sup>.

A sanção penal é o meio de controle social mais violento do Direito, como forma de reação ao cometimento de delitos. Existem duas teorias desenvolvidas pela Criminologia “clássica” que tentam justificar a sua utilização pelo Estado: teoria preventiva e teoria retributiva. De acordo com a primeira, tenta-se evitar o cometimento futuro de novos crimes, impondo, para este fim, sanções. A pena atua como forma de ameaça aos indivíduos, intimidando-os, para reforçar a confiança no sistema social em geral e o cumprimento da lei, bem como dissuadindo

---

<sup>28</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. 1993, ob. cit., p. 6. “El Derecho penal no puede intervenir siempre que se produzcan perturbaciones de la vida comunitaria, sino que ha de limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social” (tradução livre).

<sup>29</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2 reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 409.

<sup>30</sup> *Idem*.

aqueles que ainda não delinqüiram: prevenção geral. Ainda, atuaria para evitar a reincidência dos infratores concretos, ressocializando-os e neutralizando-os, no sentido de trazer um mal à pessoa delinquente concomitantemente um bem ao corpo social: prevenção especial<sup>31</sup>. Já a teoria retributiva visa à expiação ou retribuição da culpabilidade do condenado, pelos atos ilícitos praticados, bem como a reparação do dano causado à vítima.

Apenas as teorias preventivas visam controlar ou reduzir a criminalidade a níveis suportáveis para convivência pacífica, justa e organizada<sup>32</sup>. Por sua vez, as teorias retributivas consideram a pena um fim em si mesmo, como forma de concreção “da ideia de justiça ou de uma vontade geral situada num plano moral superior”<sup>33</sup>.

Deve-se ter em conta que estas teorias, individualmente consideradas, não bastam, uma vez que a teoria repressiva apenas valora a realidade atribuindo sentido e os efeitos da pena mitigam a função preventiva da sanção penal. Há uma nítida crise da função preventivo-especial, que já teve a sua eficácia rechaçada empiricamente pelos alarmantes índices de reincidência daqueles que anteriormente cumpriram pena<sup>34</sup>. Conforme expõem MUÑOZ CONDE e HASSEMER, “os conhecimentos empíricos da eficácia preventiva das sanções penais são certamente limitados”<sup>35</sup>.

Então, diante da insuficiência de tais teorias, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA e GOMES propõem uma nova visão:

*A moderna Criminologia [...] é partidária de uma imagem mais complexa do acontecimento delitivo, de acordo com o papel ativo e dinâmico que atribui a seus protagonistas (delinquente, vítima, comunidade) e com a relevância acentuada dos muitos diversos fatores que convergem e interatuam no “cenário” criminal. Destaca o lado humano e conflitivo do delito, sua aflitividade, os elevados “custos” pessoais e sociais deste doloroso problema, cuja aparência patológica, epidêmica, de modo algum mediatiza a serena análise de sua etiologia, de sua gênese e dinâmica (diagnóstico),*

---

<sup>31</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Primeiro Volume. Teoria Geral do Direito Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 114-128.

<sup>32</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 172.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>34</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. 6 ed. ref., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 373.

<sup>35</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. 2008, ob. cit., p. 175.

nem o imprescindível debate político-criminal sobre as técnicas de intervenção e seu controle<sup>36</sup>.

Para MUÑOZ CONDE<sup>37</sup>, a meta preventiva geral do Direito Penal não é a “função intimidadora dos cidadãos”, mas sim a “motivação integradora do consenso”, para confirmar e assegurar as normas básicas que regem e garantem a convivência social.

Ademais, existem outros meios de “dissuasão informal” que podem intervir no processo motivacional e dissuasório de modo mais eficaz para atingir a mesma finalidade de prevenção e controle social. Neste sentido, expõe MUÑOZ CONDE:

de nada serviriam as cominações legais contidas nas normas penais, nem a imposição, nem a sua execução, se não existisse previamente outros sistemas de motivação do comportamento humano em sociedade. A consciência moral, o superego, a ética social se formam desde a infância em referência primariamente a situações e comportamento de outras pessoas, e somente secundariamente a partir de um determinado grau de desenvolvimento intelectual em referência às normas penais<sup>38</sup>.

Diante dos questionamentos propostos quanto à finalidade da pena e verificando-se os severos efeitos da sanção penal ao apenado, nota-se a importância de limitar o *ius puniendi* estatal para que se dê de forma equilibrada e respeite os direitos e garantias dos indivíduos, sujeitos passivos da norma penal, bem como para que a estrutura estatal punitiva mantenha a sua legitimidade.

Impõe-se ressaltar um princípio que rege, juntamente com a seletividade da estrutura estatal, a atuação do Direito Penal: o princípio da intervenção mínima. A proteção dos bens jurídicos pelo Direito Penal apenas se justifica quando realizada de forma subsidiária e fragmentária, isto é, protege apenas em *ultima ratio*<sup>39</sup>. Ou

---

<sup>36</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. 2008, ob. cit., p. 363-364.

<sup>37</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004, p. 30.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 27. “De nada servirían ni la conminación penal contenida en las mismas, ni la imposición de la pena, ni su ejecución, si no existieran previamente otros sistemas de motivación del comportamiento humano en sociedad. La conciencia moral, el superyo, la ética social se forman desde la niñez en referencia primariamente a situaciones y comportamientos de otras personas, y solo secundariamente y a partir de un determinado grado de desarrollo intelectual en referencia a las normas penales” (tradução livre).

<sup>39</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 5.

seja, apenas quando não há meios mais brandos para corrigir o comportamento socialmente nocivo<sup>40</sup>.

Tendo em vista que o Direito Penal deve ser aplicado com moderação, o princípio da intervenção mínima apresenta-se como limite político-criminal do *ius puniendi* estatal. Há justificativa da intervenção penal apenas quando presente o binômio fragmentariedade e subsidiariedade.

#### 1.4.1 Fragmentariedade

A característica da fragmentariedade indica que o Direito Penal não abarca toda e qualquer situação fática, mas apenas aquelas eleitas relevantes, que tutelam determinados bens jurídicos “essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade”<sup>41</sup>, exigindo intervenção repressora.

Além disso, conforme expõe MUÑOZ CONDE<sup>42</sup>, outro requisito da fragmentariedade é a existência de um ataque grave ao bem jurídico, para ser encoberto pela tutela do Direito Penal.

Santiago MIR PUIG<sup>43</sup> vai além, ao mencionar que se deve tutelar apenas os bens jurídico-penais, conceito mais restrito que o de bem jurídico. Segundo o autor, é preciso que a aflição do bem seja tal que comprometa seriamente, de modo intolerável, o funcionamento do sistema social para merecer proteção jurídico-penal. Isto porque, conforme expõe Cesare BECCARIA<sup>44</sup>, qualquer ato de autoridade de um homem sobre outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico.

---

<sup>40</sup> ROXIN, Claus *et al.* **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 7.

<sup>41</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. 2003, ob. cit., p. 160.

<sup>42</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. 2004, ob. cit., p. 62.

<sup>43</sup> MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**. Fundamentos e Teoria do Delito. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 93-94.

<sup>44</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2 ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 28.

## 1.4.2 Subsidiariedade

Outra característica essencial do princípio da intervenção mínima é a subsidiariedade do Direito Penal no controle social<sup>45</sup>, segundo a qual um comportamento socialmente nocivo deve ser punido apenas “quando meios mais brandos não sejam suficientes para a sua correção”<sup>46</sup>, isto é, quando fracassados todos os outros meios político-sociais de coibição de comportamento social criminoso.

Em outras palavras, a intervenção penal somente se faria necessária e legítima quando não mais oportuna a utilização de outros meios de controle social, menos lesivos aos direitos individuais, como sanções civis e administrativas, ou ainda não-jurídicas.

A sanção penal, segundo JESCHECK, é o instrumento mais poderoso de força que o Estado tem à sua disposição. Por esse motivo é que: “quando outras medidas e possibilidades fracassam, o Direito Penal assegura, em última instância, a coercibilidade dos mandatos e proibições do ordenamento jurídico”<sup>47</sup>.

Essa subsidiariedade seria, de acordo com Paulo de Souza QUEIROZ<sup>48</sup>, decorrente da subsidiariedade lógica do Direito Penal, no sentido que este acresce a todos os ramos do Direito, sancionando a ilicitude jurídica – que é um só em todo o Direito<sup>49</sup> –. Isso não quer dizer, ressaltam Francisco MUÑOZ CONDE e Mercedes GARCÍA ARÁN<sup>50</sup>, que as normas de Direito Penal ocupem posição de subsidiariedade ou subordinação em relação às normas jurídicas dos demais ramos do Direito, mas sim que existe uma relação de interdependência, fazendo parte de um mesmo ordenamento jurídico. Todavia, dentro do ordenamento jurídico, o Direito Penal possui a tarefa mais “ingrata” e “temível”: sancionar com as sanções mais

---

<sup>45</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo *et al.* 1997, ob. cit., p. 408.

<sup>46</sup> ROXIN, Claus *et al.* 2007, ob. cit., p. 7.

<sup>47</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. 1993, ob. cit., p. 2. “Cuando otras medidas y posibilidades fracasan, el Derecho penal asegura, em última instancia, la coercibilidad de los mandatos y prohibiciones del ordenamento jurídico” (tradução livre).

<sup>48</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**. Lineamentos para um Direito Penal Mínimo. 2 ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 55-58.

<sup>49</sup> Pensamento de Nelson Hungria, extraído da obra de Paulo de Souza Queiroz, às fls. 57.

<sup>50</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte general. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 81.

graves ataques intoleráveis aos bens jurídicos mais importantes, como *ultima ratio* – e somente neste sentido é que se pode falar em subsidiariedade às demais normas do ordenamento jurídico<sup>51</sup>.

O Direito Penal deve ser e continuar a ser informado pela *ultima* ou *extrema ratio* porque, conforme ROXIN, ARZT e TIEDEMANN:

a punição pode prejudicar a existência social do condenado e arrastá-lo para a margem da sociedade, tendo até mesmo um efeito socialmente nocivo. Por isso, deve-se preferir, no lugar da punição, todas as medidas que possam evitar uma perturbação social, mas que tragam para o condenado consequências menos incisivas. Costuma-se expressar essa ideia dizendo que o Direito Penal seria a *ultima ratio* (o último recurso) da política social<sup>52</sup>.

Não apenas pelo fato de ser a “máxima manifestação de violência do Estado contra o indivíduo”<sup>53</sup> como forma de controle social, o Direito Penal deve-se manter como último recurso de intervenção no âmbito social também pela necessidade de que haja correspondência de estrita necessidade para o alcance da finalidade por ele visada, por atuar severamente na liberdade do indivíduo.

A justificação da existência e da atuação do Direito Penal está ligada à finalidade do Estado, cuja atuação está pautada nos critérios de seletividade dos valores a serem por ele tutelados. Está, portanto, ligada à proteção constitucional das garantias individuais em face da manifestação violenta contra o indivíduo, configurada pelo Direito Penal.

## 1.5 Princípio da intervenção mínima

Com as características da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal, busca-se uma interferência do Estado equilibrada, de máxima utilidade possível para as vítimas, com o mínimo sofrimento necessário para aqueles que cometeram crimes. Em outras palavras, a “pena deve ser proporcional à gravidade

<sup>51</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. 1998, ob. cit., p. 81.

<sup>52</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther e TIEDEMANN, Klaus. 2007, ob. cit., p. 8.

<sup>53</sup> CRUZ, Flavio Antônio da. **O tratamento do erro em um Direito Penal de bases democráticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 75.

do desvalor da ação e do resultado, sempre considerando o grau de importância do bem jurídico em apreço”<sup>54</sup>.

Ademais, vale mencionar que, conforme expõe MIR PUIG<sup>55</sup>, o princípio da intervenção mínima do Direito Penal é evidentemente coerente com o pensamento liberal ou neoliberal, uma vez que foi concebido em meio a essa ideologia. Porém, continua o autor, também é compatível com o Estado social intervencionista. Não há incongruência alguma quando o Estado Social intervém, desde que visando ao bem-estar dos cidadãos. Isto é, a intervenção penal realizada pelo Estado social apenas se justifica quando absolutamente necessária para proteger os cidadãos, e não apenas como forma de repressão, de restrição de liberdade dos indivíduos, em si justificada.

De acordo com o referido autor, para que o Direito Penal cumpra adequadamente a sua função, a infração deve ter gravidade equivalente à da sanção. Como o Direito Penal trabalha com sanções mais graves, quando comparadas com os demais ramos do Direito, para a realização do princípio da intervenção mínima é preciso que se tenha em mente uma autonomia específica do Direito Penal. Deve-se combater a expansão de outros ramos ou, como menciona o autor, a administrativização do Direito Penal, pois poderia usar o Direito Penal como instrumento de intensificação do intervencionismo estatal, indo de encontro ao objetivo de um Direito Penal mínimo.

## 1.6 Bens jurídico-penais

Depois da primeira seleção dos interesses a serem tutelados pelo Direito, impõe-se realizar um segundo processo de seleção, para designar quais bens jurídicos serão merecedores da tutela penal. Saliente-se que esta seleção

---

<sup>54</sup> KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. **Intervenção Mínima x Precaução: Conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental?** Disponível em: <<http://direitoerisco.com/site/artigos/Interven%20M%20nima%20x%20Precau%20E3o%20Conflito%20entre%20Princ%20EDpios%20no%20Direito%20Penal%20Ambiental%20-%20Karin%20Kassmayer,%20Paulo%20C%20E9sar%20Busato.pdf>>. Acesso em 07/05/2011. P. 13.

<sup>55</sup> MIR PUIG, Santiago. **Estado, Pena y Delito**. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 77.

novamente deve estar em conformidade com a estrutura e função do Estado, na busca de seus desígnios.

### 1.6.1 Concepção histórica

No tocante ao Direito Penal, historicamente<sup>56</sup>, foram elaboradas diversas teorias acerca do bem jurídico. BUSATO e HUAPAYA<sup>57</sup> agrupam-nas em dois grandes feixes de ideias: as transcendentalistas e as imanentistas. O primeiro deles tem caráter jusnaturalista ou político-criminal, segundo o qual o bem jurídico encontra-se no Direito Natural, isto é, na natureza das coisas ou na vida social ou cultural. O segundo deles diz respeito às normas, no sentido em que a existência está condicionada à norma para a sua inserção no sistema jurídico.

A concepção primeira surgiu no início do século XIX, com os iluministas, que entendiam ser fato punível a lesão a direitos subjetivos. Da ideia de contrato social derivava o dever de respeito, principalmente ao direito à liberdade, sob pena de lesão quando transgredido. Diante desta concepção, FEUERBACH observou que em todo preceito penal havia um objeto de proteção – direitos subjetivos dos particulares e do Estado<sup>58</sup>. Com isso,

subordinava o conceito de delito a um princípio material – a preservação da liberdade individual – independentemente dos fins políticos do estado, dando lugar, também à possibilidade de que o delito seja visto como uma lesão própria aos bens materiais e não simplesmente como uma violação do dever. Este conceito de delito constituía, nesse sentido, uma forma de delimitação da incriminação dos tipos penais, porque representava – no campo jurídico – a preocupação de retratar o direito subjetivo como símbolo de demarcação do dano social que poderia recorrer a conduta criminal<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral 1. 13 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 261.

<sup>57</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. 2003, ob. cit., p. 52.

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> TAVARES, Juarez. Bem jurídico e Função em Direito Penal. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, v. 8, n. 46, out.-nov./2007, p. 104. “Subordinaba el concepto de delito a un principio material – la preservación de la libertad individual – independentemente de los fines políticos del estado, dando lugar, también a la posibilidad de que el delito sea visto como una lesión propia a los bienes materiales y no simplemente como una violación del deber. Este concepto de delito constituía, en ese sentido, una forma de delimitación de la incriminación de los tipos penales,

Verificando a impossibilidade de diminuição ou subtração do direito, BIRNBAUM notou a impossibilidade de o delito ser uma lesão ao direito, mas sim ao objeto de um direito. Nessa linha do entendimento, um bem jurídico não poderia ser criado pelo Estado, mas tão somente garantido.

A partir desta ideia, BINDING conceituou bem jurídico como “estado valorado pelo legislador”<sup>60</sup>, sendo impossível separá-lo da norma. Desta forma, ter-se-ia um bem jurídico para cada norma, como produto da opção política do Estado. Para este pensador haveria, então, um dever de obediência à norma e o descumprimento deste dever acarretaria na lesão a um direito subjetivo do Estado, bem como ao bem jurídico de cada norma em concreto. Para esta concepção positivista, o bem jurídico ficaria atrelado à norma, perdendo o seu caráter limitador ao *ius puniendi* estatal e sua respectiva autonomia.

Posteriormente, numa tendência transcendentalista e político-criminal, LISZT conceituou bem jurídico como “interesse juridicamente protegido”, vitais para a tutela do indivíduo e da comunidade, colocando-o como elemento central da estrutura do delito. De acordo com esta corrente, o bem jurídico não estaria atrelado à norma, mas existiria desde antes, sendo que, em momento posterior, o Direito ofereceria proteção pela via normativa, adquirindo *status* de bem jurídico.

Diante dos diversos conceitos desenvolvidos e da ausência de consenso quanto ao seu conteúdo, surgiram outras categorias para tentar assegurar a função limitadora do Direito Penal, como, por exemplo, a teoria que destaca a natureza teleológica do bem jurídico. Para esta corrente, o bem jurídico seria mero critério interpretativo da norma penal, que destaca a finalidade reconhecida pelo legislador nos preceitos penais. Todavia, esta concepção, para BUSATO e HUAPAYA, acaba por retirar do conceito de bem jurídico o núcleo material do delito, “constituindo só um princípio metodológico para interpretação dos tipos penais”<sup>61</sup>, como simples *ratio legis* dos preceitos particulares.

Em momento posterior, a Escola de Kiel desenvolveu uma segunda concepção que reconhece o conteúdo material do injusto<sup>62</sup>. Porém, quando o

---

porque representaba – en el campo jurídico – la preocupación de retratar el derecho subjetivo como símbolo de demarcación del daño social que pudiera recorrer la conducta criminal” (tradução livre).

<sup>60</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. 2008, ob. cit., p. 261.

<sup>61</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. 2003, ob. cit., p. 55.

<sup>62</sup> *Idem*.

indivíduo se abstém de cometer crimes, a intenção desse ato seria preservar e não lesionar o dever de respeito ao ordenamento da vida do povo. Então, este entendimento acaba por retirar a importância do bem jurídico, substituindo-o pelo dever de respeito ao ordenamento da vida do povo.

Depois da Segunda Guerra Mundial, foi desenvolvida uma concepção mais garantista da teoria do bem jurídico, sem vinculação necessária ao resultado, mas sim ao objeto de proteção. WELZEL entendeu como objeto de tutela do Direito Penal os valores de caráter ético-social, sendo que, dentre eles, encontrar-se-iam os bens jurídicos.

### 1.6.2 Concepção atual

De acordo com o posicionamento doutrinário majoritário, a missão do Direito Penal é proteger bens jurídicos diante de possíveis lesões ou perigos, a fim de assegurar as condições de existência da sociedade, principais e indispensáveis da vida em comunidade<sup>63</sup>. Diante deste propósito, desenvolveu-se a teoria do bem jurídico a fim de auxiliar na aferição de parâmetros ou limites fundamentais ao sistema punitivo, tendo em vista o alto nível de abstração do princípio da necessidade da intervenção<sup>64</sup>.

Para os autores BUSATO e HUAPAYA:

o princípio do bem jurídico estabelece um limite material à potestade punitiva estatal, pois impede que se estabeleçam delitos e penas que não tenham em sua estrutura de base a proteção a um bem jurídico<sup>65</sup>.

O bem jurídico exerce, então, uma função exegética e sistemática. No mesmo sentido expõe Cezar Roberto BITENCOURT, ao afirmar que o bem jurídico “constitui a base da estrutura e interpretação dos tipos penais”<sup>66</sup>, com sentido social próprio,

---

<sup>63</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. 2003, ob. cit., p. 36.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>65</sup> *Idem*.

<sup>66</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. 2008, ob. cit., p. 261.

anterior à norma penal, capaz de servir de função sistemática, como parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações.

### 1.6.3 Seleção dos bens jurídico-penais

De acordo com René Ariel DOTTI, “nosso sistema jurídico está ancorado no modelo do crime como ofensa aos bens jurídicos”<sup>67</sup>. Sobre os bens jurídico-penais leciona JESCHECK:

O Direito penal tem a missão de proteger bens jurídicos. Em todas as normas jurídico-penais subjazem juízos de valor positivos sobre bens vitais que são indispensáveis para a convivência humana em comunidade e devem ser protegidos, conseqüentemente, pelo poder coativo do Estado através da pena pública<sup>68</sup>.

Para a seleção dos bens indispensáveis para a convivência humana em sociedade, faz-se relevante o princípio da intervenção mínima, uma vez que atua de modo a informar este segundo momento de seletividade. Ora, o bem jurídico somente será objeto de tutela do Direito Penal quando demonstrada a extrema necessidade e utilidade desta medida violenta de controle social, como último recurso possível.

Considerando este princípio informador do processo de seleção, os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal são selecionados através de critérios político-criminais tidos como essenciais para garantir a liberdade e igualdade dos cidadãos<sup>69</sup>. Segundo ROXIN, são “realidades ou potencialidades necessárias ou

---

<sup>67</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal** – parte geral. 3 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 134.

<sup>68</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. 1993, ob. cit., p. 6. “El Derecho penal tiene la misión de proteger bienes jurídicos. En todas las normas jurídicopenales subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales que son indispensables para la convivencia humana en la comunidad y deben ser protegidos, conseqüentemente, por el poder coactivo del Estado a través de la pena pública” (tradução livre).

<sup>69</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. 2003, ob. cit., p. 62.

úteis para a existência e desenvolvimento individual e social do ser humano”, bem como para “impedir danos sociais”<sup>70</sup>.

Ora, os fundamentos para a determinação dos bens jurídicos são inseguros, uma vez que pautados em abstrações. Em que pese à inerência da indeterminação no conceito de bem jurídico, BUSATO e HUAPAYA<sup>71</sup> acreditam não ser possível atrelar a sua existência ao texto constitucional, conforme defende Figueiredo DIAS. Não apenas por ser anterior à lei, mas também porque “não há identidade absoluta entre a previsão normativa constitucional e os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento social do indivíduo”<sup>72</sup>.

Embora não enumerando de modo exaustivo, a Constituição indica vários tipos de bens jurídicos materiais e não materiais, podendo-se citar a título de exemplo: a vida, a integridade e a saúde corporais, a honra, a liberdade individual, entre outros. É evidente que não se pode reduzir os bens jurídico-penais passíveis de tutela àqueles arrolados no texto constitucional. Do mesmo modo, nem todos os bens jurídicos constantes da Constituição merecem proteção do Direito Penal. De acordo com MUÑOZ CONDE<sup>73</sup>, o Direito Penal protege direitos fundamentais assim como outros direitos igualmente reconhecidos pela Constituição, por meio de um processo de normatização, pelo qual os direitos são reelaborados em função de necessidades específicas e determinados princípios característicos, sendo assim convertidos em bens jurídicos.

Neste sentido apenas aqueles tidos mais importantes ou essenciais à convivência em sociedade, como o da vida humana individual ou coletiva, são selecionados para ser objeto de tutela penal. Isto significa que lesões ou ameaça de lesões a estes bens jurídico-penais selecionados podem desencadear as consequências jurídicas mais graves previstas pelo ordenamento jurídico<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 35.

<sup>71</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. 2003, ob. cit., p. 58-64.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>73</sup> ÁLAMO, Mercedes Alonso. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 29, 2009. 45 p., p. 75-76. *Apud* MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal, *El Nuevo Derecho Penal Español*. Estudios penales en memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz, Quintero Olivares/Morales Prats (coord.), Aranzadi, Navarra, 2001, p. 562-563.

<sup>74</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. 2007, ob. cit., p. 5.

Ademais, os mencionados autores<sup>75</sup> defendem ser temerária a utilização apenas do critério de valor abstrato e juridicamente protegido da ordem social, como leciona JESCHECK, uma vez que:

a consciência social nem sempre se expressa em termos normativos, o que faz concluir que uma eleição do bem jurídico socialmente essencial não se pode confundir com uma simples adesão irrestrita à expressão normativo-constitucional.

Na verdade a identificação dos bens jurídicos passa pela obediência a princípios gerais democráticos, como de igualdade e o de liberdade<sup>76</sup>.

Ressalte-se também que, conforme anteriormente mencionado, MIR PUIG<sup>77</sup> diferencia os bens jurídico-penais dos demais, por serem mais restritos. Para que se enquadre nessa categoria, a aflição do bem precisa ser de tal forma que comprometa seriamente, de modo intolerável, o funcionamento do sistema social para merecer proteção jurídico-penal.

Para o referido autor, exigem-se duas condições que diferem e qualificam o bem jurídico como bem jurídico-penal: “suficiente importância social e necessidade de proteção pelo Direito Penal”<sup>78</sup>. A primeira delas expressa que a gravidade da conduta precisa estar em consonância, ou seja, ser proporcional à gravidade das consequências do Direito Penal, da sanção penal. Então, por meio de uma valoração jurídico-penal (autônoma), verifica-se se o bem é fundamental para a vida social. A segunda condição refere-se ao Direito Penal como última medida, quando outros meios de tutela (menos lesivos) não possam ou consigam responder à ofensa.

Ainda, saliente-se que os bens jurídico-penais variam de acordo com o momento histórico, conforme expõe MIR PUIG:

Os Códigos Penais não protegem interesses ahistóricos nem valores eternos desvinculados da estrutura social de um lugar e de um tempo concretos. Quando se diz que o Direito Penal protege <<a sociedade>> há que evitar entender que protege sempre por igual a todos os membros da

---

<sup>75</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. 2003, ob. cit., p. 60-62.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>77</sup> MIR PUIG, Santiago. 2007, ob. cit., p. 93-94.

<sup>78</sup> MIR PUIG, Santiago. 2006, ob. cit., p. 88. “Suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal” (tradução livre).

sociedade com independência de sua posição no sistema social correspondente<sup>79</sup>.

Para ele, o Direito Penal da atualidade tende a expandir sua atuação para outros setores da sociedade e bens fundamentais, com ênfase nos denominados interesses difusos. Ou seja, ultrapassam-se os direitos clássicos individuais e liberais, para abranger também os coletivos e sociais, bem como aqueles que não são direitos, mas interesses coletivos<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> MIR PUIG, Santiago. 1990, ob. cit., p. 138. “Los Códigos penales no protegen intereses ahistóricos ni valores eternos desvinculados de la estructura social de um lugar y de um tempo concretos. Cuando se disse que el Derecho penal protege a <<la sociedade>> hay que evitar entender que protege siempre por igual a todos los miembros de la sociedade com independência de su posición en el sistema social correspondiente” (tradução livre).

<sup>80</sup> FERRAJOLI, Luigi. 2006, ob. cit., p. 433.

## 2 “INAPTIDÃO” DO DIREITO PENAL PARA TUTELAR DETERMINADOS BENS JURÍDICOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Uma vez analisado o âmbito de aplicação do Direito Penal, isto é, indicados os limites ao *ius puniendi* estatal, verifica-se que este ramo do Direito pode apresentar inaptidão para lidar com determinadas situações. Para alguns, seria possível atribuir essa inaptidão à insuficiência do conceito de bem jurídico. Para outros, nada mais seria que os reflexos da limitação ao *ius puniendi* estatal sob os reflexos do princípio da intervenção mínima.

### 2.1 Críticas à teoria do bem jurídico

De acordo com Bernd SCHÜNEMANN:

pode-se desenvolver, por meio de considerações jusracionalistas, um conceito de crime que não está sob a disposição do legislador e que é definido através da ideia do dano social infligido sobre os bens naturais ou socialmente criados dos membros da sociedade. Entre estes bens encontram-se, obviamente, os mais importantes de caráter individual (a saber, vida, integridade corporal, liberdade e um núcleo de honra e propriedade), enquanto os bens coletivos compreendem as condições transindividuais de uma convivência próspera, que variam a depender do estágio de desenvolvimento de determinada sociedade – de modo que não basta de modo algum a violação de regra religiosa ou moral, sendo necessário que seja atingido um bem (cujas características à época ainda não estavam esclarecidas) de que todos precisam e que deve ser para todos garantido<sup>81</sup>.

Diante dessa concepção, a teoria da legitimação do Direito Penal, isto é, os limites impostos ao legislador penal encontram respaldo no princípio da proteção dos bens jurídicos.

---

<sup>81</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção dos bens jurídicos! **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 3, n. 53, mar.-abr./2005, p. 14.

Todavia, este princípio é objeto de diversas críticas. SCHÜNEMANN<sup>82</sup> sintetiza as principais críticas: primeiramente, pelo fato de estar ancorado na concepção básica de contrato social, pressuposto das constituições, segundo o qual se garante a possibilidade de livre desenvolvimento dos indivíduos pelo Estado. Desta feita, os limites para a atuação do Direito Penal estariam concretizados na proteção dos bens que os indivíduos necessitam para o seu livre desenvolvimento, respeitados o direito equivalente do outro indivíduo, bem como a convivência próspera em sociedade.

Ainda, este autor exemplifica a crise do referido princípio com a experiência alemã, no sentido em que pode ser objeto de manipulações do Direito Penal para fins políticos aleatórios, como no Terceiro Reich. Neste sentido, o autor ainda afirma que “a utilização do instrumento ‘direito penal’ deveria pressupor um salto qualitativo em sua urgência e legitimação material se comparada a outras ‘meras’ limitações a direitos fundamentais”<sup>83</sup>.

Conforme expõe ROXIN<sup>84</sup>, apesar das inúmeras tentativas de conceituação dos bens jurídicos, o relativo consenso sobre a matéria não fornece fundamentos seguros.

Nesse sentido, Wolfgang WOHLERS<sup>85</sup> questiona a falta de critérios e padrões incontroversos a respeito de um contorno conceitual. Para ele,

O potencial crítico ao sistema da teoria do bem jurídico é dependente, nesse sentido, de duas perguntas claramente formuláveis. Em primeiro lugar: pode o círculo de bens jurídicos legítimos ficar circunscrito apenas a uma espécie de classe de bens jurídicos dotados de determinadas características? Em segundo lugar: em que medida podem bens jurídicos que não apresentem uma corporificação objetiva, substancial, serem inseridos no círculo dos bens jurídicos legítimos?<sup>86</sup>

Diante desse questionamento, o autor indaga acerca da possibilidade de limitação de bens jurídicos a uma classe, bem como se seria possível tutelar bens

---

<sup>82</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. 2005, ob. cit., p. 14-16.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 14-15.

<sup>84</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997, p. 70-71.

<sup>85</sup> WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 19, v. 90, maio-jun./2011, p. 99.

<sup>86</sup> *Idem*.

jurídicos coletivos, que não são “palpáveis”. Para realizar tal análise, impõe-se distinguir duas teorias acerca das concepções de bens jurídicos: monista e dualista.

### 2.1.1 Teoria monista e teoria dualista

Com o enaltecimento dos direitos supraindividuais ou coletivos, ganhou relevo a discussão acerca da delimitação dos bens jurídicos, se estes devem limitar-se aos direitos individuais clássicos ou se devem abranger também aqueles interesses transindividuais e coletivos. Diante dessa polêmica, foram desenvolvidas duas teorias acerca das concepções de bens jurídicos, quais sejam: a monista e a dualista. Estas teorias partem de ideias diversas sobre o que é ou deve ser o Estado.

A teoria dualista compreende duas classes de bens jurídicos: tanto os individuais quanto os coletivos, para serem tutelados pelo Direito Penal. Assim, conforme expõe Roland HEFENDEHL<sup>87</sup>, os bens jurídicos coletivos são posicionados no mesmo patamar de legitimidade dos bens jurídicos individuais.

SCHÜNEMANN distingue os bens jurídicos em individuais e coletivos. Dentre os primeiros preponderam aqueles objetos fisicamente individualizáveis e lesionáveis. Por sua vez, entre os bens jurídicos coletivos há a preponderância dos institucionais, “que se referem a um conjunto de condições sociais gerais, cujo atendimento é em princípio indispensável para uma convivência pacífica e próspera da sociedade”<sup>88</sup>. Apesar de haver essa identificação na maior parte das vezes, o autor verifica a existência de bens jurídicos institucionais no âmbito individual e bens jurídicos fisicamente individualizáveis no âmbito coletivo.

Por sua vez, para a teoria monista, apenas estariam abrangidos no conceito os direitos individuais, pertencentes à mesma pessoa. Esta concepção pode se apresentar de duas formas, sob a perspectiva do Estado, do coletivo (teoria monista coletiva) ou sob a perspectiva do indivíduo (teoria monista personalista). De acordo

---

<sup>87</sup> HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, v. 87, nov.-dez./2010, p. 104.

<sup>88</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. 2005, ob. cit., p. 23-24.

com a primeira, somente pode ser reconhecido como bem jurídico individual quando estiver “contido em uma perspectiva de um interesse para a coletividade”<sup>89</sup>, como simples atribuições jurídicas derivadas das funções do Estado. A segunda considera como bem jurídico coletivo somente aquele que contribui ao desenvolvimento pessoal do indivíduo, isto é, “considera dignos de proteção penal apenas os bens coletivos que possam ser diretamente referidos às pessoas”<sup>90</sup>.

HEFENDEHL<sup>91</sup> entende que a teoria pessoal do bem jurídico tenta manter um Direito Penal reduzido, porém, de forma reacionária a tomar parte da classe dominante, instrumentalizando o Direito Penal para fazer política.

Todavia, Bruno Rotta ALMEIDA entende que

O Direito Penal é um sistema direcionado exclusivamente ao indivíduo, é este que irá receber às suas costas o peso da grande e violenta intervenção punitiva estatal. Portanto, não podemos fazer-nos de conceitos exclusivamente relacionados a interesses abstratos, sejam coletivos, gerais, difusos etc. Ao menos, para estes bens supraindividuais serem suscetíveis de tutela penal pelo Estado, um requisito indispensável: que eles tenham uma considerável relação com o indivíduo, desempenhando um desenvolvimento pessoal no mesmo<sup>92</sup>.

No mesmo sentido, segundo BUSATO e HUAPAYA<sup>93</sup>, a concepção mais adequada é a monista personalista, uma vez que melhor se adéqua à principiologia instruidora do bem jurídico, pela primazia do interesse individual em face do coletivo no Direito Penal. Isto porque tutelar penalmente bens jurídicos coletivos sem reflexos de dano ou perigo aos indivíduos não é justificável. Isso não significa que os bens coletivos não serão tutelados, pois, por conta da ficção iluminista de contrato social, o indivíduo tem o dever de preservar os institutos que permitem a vida em sociedade.

Deve-se ressaltar aqui a importância do princípio da intervenção mínima para averiguar a viabilidade da intervenção Penal, isto é, se há necessidade de controle

---

<sup>89</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. 2003, ob. cit., p. 67.

<sup>90</sup> HEFENDEHL, Roland. 2010, ob. cit., p. 104.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 104-106.

<sup>92</sup> ALMEIDA, Bruno Rota. A discussão sobre a tutela penal de valores supraindividuais: ponderações a partir da teoria do bem jurídico-penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 29, abr.-maio/2009, p. 37.

<sup>93</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. 2003, ob. cit., p. 69.

social pela via penal e se existem outros mecanismos mais adequados para desempenhar tal função.

### 2.1.2 Proteção de interesses ou direitos coletivos

Para WOHLERS<sup>94</sup>, os questionamentos acerca das concepções de bens jurídicos acabam por refletir na impossibilidade de limitação fundamental à proteção de bens jurídicos individuais clássicos, distinguindo bens jurídicos individuais e coletivos. Isto porque, para ele, para que se garanta a esfera pessoal de liberdade dos indivíduos, deve-se garantir também – e, aliás, incluindo-se nela – pressupostos fundamentais para o desenvolvimento da liberdade pessoal.

Ainda, para o referido autor, o critério da substancialidade para preterir os bens jurídicos coletivos em face dos individuais não subsiste, uma vez que a diferença de natureza é meramente quantitativa e não qualitativa. As lesões aos bens jurídicos coletivos são de maior complexidade de mensuração, uma vez que não há, via de regra, objeto da ação concretamente apreensível. Todavia, WOHLERS defende que não são impossíveis de serem averiguadas, não podendo ter, por esse motivo, sua tutela penal suprimida.

Portanto, segundo esta concepção, para que a teoria do bem jurídico tenha

o caráter de pedra de toque na avaliação da legislação penal, seria necessário despedir-se do caráter meramente conceitual a ela ligado e substituí-la por uma nova concepção pensada a partir de um fundamento teórico-social<sup>95</sup>.

Neste sentido, “o potencial crítico ao sistema da teoria do bem jurídico não advém de conceito de bem jurídico preexistente, mas é, na verdade, inteiramente dependente dos padrões e exigências externas ou sociais a ele dirigidos”<sup>96</sup>. Ainda assim, para WOHLERS, a teoria do bem jurídico possui função exclusivamente negativa, deslegitimando tipos penais que não são dignos de proteção jurídica.

---

<sup>94</sup> WOHLERS, Wolfgang. 2011, ob. cit., p. 100-101.

<sup>95</sup> *Idem.*

<sup>96</sup> *Idem.*

### 2.1.3 Aplicação crítica da teoria do bem jurídico pelo Tribunal Constitucional Alemão<sup>97</sup>

Luís GRECO<sup>98</sup> estuda a teoria do bem jurídico a partir de decisão do Tribunal Constitucional Alemão. De acordo com esta análise, na decisão concluiu-se que a teoria do bem jurídico apresenta insuficiências incuráveis, pois além do problema de definição (conceitual) e de fundamentação (que confere autoridade à teoria), há outro que, ainda que superados os outros dois, não justificaria a sua validade. Na decisão, critica-se o caráter consequencialista do argumento do bem jurídico, segundo o qual, com a justificativa de sanção atrelada à afetação do bem tutelado, estar-se-ia afirmando que a punição desse comportamento é inútil, por não trazer benefícios ou consequências positivas (tese empírico-contingente do liberalismo jurídico-penal).

Diante disso, o autor entende que essa justificativa dada para a não atuação do Direito Penal não seria suficiente, pois se vale da presunção de não eficiência. Esta presunção, por sua vez, não pode ser verificada de pronto e não fornece qualquer resposta conclusiva.

Ademais, a decisão ataca o caráter consequencialista da teoria do bem jurídico, de buscar as vantagens e desvantagens decorrentes das proibições penalmente sancionadas. Isto porque, sob essa perspectiva:

direitos de um indivíduo são no máximo “contra-interesses” passíveis de ponderação, que, portanto, só serão respeitados, enquanto os outros não tiverem um interesse suficientemente forte no sentido de que esses direitos sejam desconsiderados<sup>99</sup>.

Todavia, o autor ressalta que o ordenamento jurídico faz uma opção pelo liberalismo jurídico-penal, que tem como característica o respeito à autonomia do indivíduo. Isto é, reconhece-se a ele uma esfera dentro da qual há liberdade de

---

<sup>97</sup> O artigo versa acerca de decisão do Tribunal Constitucional Alemão (26.02.2008) a respeito da constitucionalidade da proibição de incesto. Conteúdo disponível em: GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, v. 82, jan.-fev./2010.

<sup>98</sup> GRECO, Luís. 2010, ob. cit., p. 174-178.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 177.

escolhas, abandonando-se o caráter consequencialista. Por meio desta concepção que garante a autonomia, a liberdade do indivíduo é respeitada não porque conveniente, mas sim pelo simples fato de se tratar de um ser humano.

## 2.2 Prevalência da teoria do bem jurídico na atualidade

De acordo com SCHÜNEMANN, a crítica de que até hoje não se conseguiu obter sequer aproximada clareza a respeito do conceito de bem jurídico “parte da ideia metodologicamente errônea de que o conceito de bem jurídico deveria ser determinado segundo uma definição classificatória, sob a qual só se teria então de subsumir os casos controvertidos”<sup>100</sup>.

Ora, desde a moderna filosofia da linguagem já se reconhece que o estabelecimento de conceitos unívocos e pacíficos somente se aplica a casos especiais extremos, com posterior explicação via procedimento analógico. Então, segundo o autor, esta crítica não faz com que o princípio não tenha validade ou utilidade, mas sim que, apesar de ser diretriz normativa carecedora de posterior complementação, é passível de concretização. Isto é, a semântica do princípio de proteção de bens jurídicos é instrumento idôneo para limitar a discricionariedade do legislador.

Expõe, então Flavio Antônio da CRUZ que o conceito de bem jurídico “se constitui, por certo, em um valioso instrumento de interpretação e também de limitação do poder punitivo estatal”<sup>101</sup>.

No mesmo sentido, BUSATO e HUAPAYA concluem “que certa indefinição do conceito de bem jurídico termina por ser inevitável, mas esta indefinição não põe em risco a garantia político-criminal do seu controle”<sup>102</sup>. Na realidade, ocorre o oposto, pois a imprecisão fomenta o desenvolvimento e aperfeiçoamento do conceito. Com a rica discussão acerca do conceito de bem jurídico, Fabio Roberto D’ÁVILA entende ganhar “substancialmente em densidade e delimitação, tornando-se categoria

<sup>100</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. 2005, ob. cit., p. 17.

<sup>101</sup> CRUZ, Flavio Antônio da. 2007, ob. cit., p. 75.

<sup>102</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. 2003, ob. cit., p. 64.

notadamente operatória, quando acrescido das exigências de corporização, de transcendência e de analogia axiológico/teleológico-constitucional”<sup>103</sup>.

Para D’ÁVILA, o conceito crítico de bem jurídico reclama o reconhecimento de uma dimensão existencial a ser concretizada e individualizada à luz das circunstâncias e particularidades do caso concreto para, assim, dar continuidade à análise.

Ainda, WOHLERS reconhece que:

o bem jurídico protegido pela norma continua a ser o ponto de partida para a determinação da legitimidade de tipos penais. A teoria do bem jurídico sozinha pode apenas, no entanto, filtrar os objetos de proteção ilegítimos a partir dos fundamentos no interior de determinada estrutura normativo-social<sup>104</sup>.

Desta feita, para este autor, a teoria do bem jurídico é útil e serve para filtrar primeiramente acerca da legitimidade dos tipos penais e, em momento posterior, mede-se a legitimidade das normas concretas individualmente consideradas de acordo com a estrutura do delito, isto é, com os critérios específicos formulados para o respectivo tipo de delito.

Ademais, MUÑOZ CONDE<sup>105</sup> acentua outra vantagem da adoção da teoria do bem jurídico pelo Direito Penal, pois realiza aproximação com a política criminal, no sentido em que demonstra de modo mais evidente e concreto os motivos pelos quais se penaliza determinado comportamento. Isso tudo para que haja reconhecimento social de merecimento do exercício do *ius puniendi* estatal, em conformidade com os ditames sociais democráticos do Estado, para além da estabilização normativa.

No mesmo sentido, elucida GRECO<sup>106</sup> que a teoria do bem jurídico fornece referência para avaliar se o comportamento é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito. Porém, ressalva que a impossibilidade de tutela de bens jurídicos

---

<sup>103</sup> D’ÁVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 17, v. 80, set.-out./2009, p. 17-18.

<sup>104</sup> WOHLERS, Wolfgang. 2011, ob. cit., p. 100-105.

<sup>105</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología e al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 103-104.

<sup>106</sup> GRECO, Luís. 2010, ob. cit., p. 181-182.

morais não decorre da teoria do bem jurídico, mas sim da garantia da autonomia do indivíduo.

### 2.3 Bem jurídico-penal e princípio da intervenção mínima

Seguindo o entendimento de que a teoria dos bens jurídicos é prevalente, SCHÜNEMANN expõe que

existem outros pressupostos que devem ser atendidos para que a utilização do direito penal para a proteção de bens jurídicos possa ser justificada também em face dos princípios limitadores do exercício do poder Estatal em um Estado de Direito<sup>107</sup>.

Para o autor, a utilização do poder estatal não se legitima apenas por um objetivo louvável, mas este deve ser idôneo e necessário para atingir tal finalidade, bem como proporcional. Neste momento verifica-se a importância do princípio da intervenção mínima, que agrega mais elementos para a efetivação equilibrada e correta do *ius puniendi* estatal.

Primeiramente, deve-se afastar a interpretação que se tem dado a este princípio, que se resume na tese de que o emprego do direito penal é, em princípio, subsidiário e posterior ao controle das autoridades da Administração. SCHÜNEMANN afirma categoricamente que “um sistema de controle administrativo não pode substituir a utilização do direito penal, mas apenas complementá-la”<sup>108</sup>. Isto porque tem uma finalidade e legitimidade de atuação diversa.

Para o autor, a concretização da fórmula da *ultima ratio* deve ser realizada por meio de uma análise tridimensional: a construção de grupos de casos com um bem jurídico tutelado, o contexto histórico-social e os meios de proteção existentes. Sendo que,

o resultado deste raciocínio pode, primeiramente, ser formulado por meio de máximas político-criminais, sobre as quais os espaços de discricionariedade

---

<sup>107</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. 2005, ob. cit., p. 20.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 22.

do legislador devem ser então projetados [...] Os limites a estes espaços de discricionariedade marcarão, assim, a barreira insuperável da política criminal no Estado de Direito<sup>109</sup>.

Por meio dessas limitações ao Direito Penal, maximiza-se a proteção dos bens jurídico-penais. Isto porque o Estado tem outros instrumentos para a proteção de bens jurídicos.

Ademais, conforme expõe o autor, pela teoria do contrato social, cada cidadão renuncia apenas ao *quantum* de liberdade necessário para a proteção recíproca diante dos demais, mas concomitantemente mantém a capacidade de disposição sobre seus próprios bens. Diante disso, o Estado deve apenas atuar quando o cidadão não puder realizar a proteção com suas próprias forças, ou seja, na medida em que demandar a situação.

Impõe-se salientar, contudo, que se faz imperativo um balizamento sob a perspectiva dos objetivos almejados pela sociedade. Neste sentido, SCHÜNEMANN<sup>110</sup> alerta que quando tal fraqueza tiver origem em desvantagem social, pela expansão da teoria liberal clássica do contrato social no sentido do Estado social, é dever do Estado proibir a exploração de tais vantagens sociais e de criminalizá-la na falta de outros meios mais eficientes.

Portanto, conforme exposto por Flavio Antônio da CRUZ:

O Direito Penal tem a função de cuidar, enfim, – de forma subsidiária e fragmentada –, apenas dos bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade, ao mesmo tempo em que também protege o indivíduo submetido aos rigores da persecução penal<sup>111</sup>.

Desta feita, o *ius puniendi* estatal está limitado pelo princípio da proteção dos bens jurídico-penais, mas, além deste, existem outros elementos que configuram barreiras e garantem a liberdade do indivíduo, como o princípio da intervenção mínima.

---

<sup>109</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. 2005, ob. cit., p. 23.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>111</sup> CRUZ, Flavio Antônio da. 2007, ob. cit., p. 76.

## **2.4 Existência de meios mais adequados que o Direito Penal como solução: Direito Administrativo**

Uma vez selecionados os bens jurídico-penais e indicados outros pressupostos limitadores da atuação do Direito Penal, depara-se com a inaptidão dos instrumentos punitivos penais para a tutela de determinados bens jurídicos. Diante disso, cabe ao legislador optar por outro ramo do Direito apto a tutelar estes bens de forma legítima e eficaz.

Como se sabe, o Direito Penal não é o único instrumento jurídico sancionatório do ordenamento jurídico, pois todos os ramos possuem sanções próprias que se aplicam em caso de não cumprimento de suas normas. Todavia, expõe MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN<sup>112</sup> que as sanções não penais têm finalidade e função diversas das penais, podendo até mesmo coexistir, uma vez que afetam âmbitos distintos.

Todavia, quando as sanções penais e extrapenais têm função similar sobre o mesmo fato, entende-se não ser possível aplicar ambas, pois seria sancionamento em duplicidade. Por isto, observando o princípio da intervenção mínima, deve-se notar se há ou não a configuração do delito e se realmente a incidência do Direito Penal faz-se necessária e útil. Caso contrário, outros ramos do Direito podem suprir esta lacuna.

No Direito Penal, não se exige, na maior parte dos casos, provocação de um particular para impulsionar o Estado a agir. O mesmo ocorre no Direito Administrativo, em que o Estado, por si só, verificando haver interesse público, pode e deve movimentar-se a fim de tutelar os bens jurídicos. Isto, todavia, não ocorre no âmbito do Direito Privado. O Direito Civil, por exemplo, reclama a participação privada na regulamentação e na sua efetivação. Havendo interesse público, sendo matéria de ordem pública, o Estado deve e pode atuar autonomamente. Este motivo por si só demonstra a maior aptidão do Direito Administrativo para oferecer proteção aos bens jurídicos excluídos da esfera de tutela penal.

---

<sup>112</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. 1998, ob. cit., p. 81.

## 2.5 Direito Administrativo

O Direito Administrativo demonstra maior aptidão para tutelar a matéria residual do Direito Penal, não apenas por atuar de forma mais independente do particular – pautando-se primordialmente no interesse público –, mas também por possuir diferentes instrumentos de efetiva tutela deste espaço residual do Direito Penal.

Primeiramente, conforme salienta Fábio Medina OSÓRIO, “a base de toda a formação teórica do Direito Administrativo é o conceito de interesse público”<sup>113</sup>, como influência clássica da Revolução Francesa e do Direito Administrativo continental-europeu. Existem dois princípios – pilares básicos de todo Direito Administrativo – que bem representam esta origem, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

Os cidadãos possuem uma série de direitos e o seu exercício deve ser compatível com o interesse público e o bem-estar da sociedade. Conforme expõe Celso Antônio Bandeira de MELLO, o exercício desses direitos deve estar “entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos”<sup>114</sup>. Diante disso, “incumbe à Administração Pública reconhecer, averiguar, no caso concreto, a efetiva extensão que possuam em face do genérico e impreciso contorno legal que lhes tenha sido dado”<sup>115</sup>.

Conforme leciona Marçal JUSTEN FILHO, visando ao atendimento do interesse público e à satisfação dos direitos fundamentais, o Estado deve atuar de modo a conformar a autonomia privada, tanto de modo repressivo quanto de modo a promover condutas ativas reputadas como desejáveis<sup>116</sup>. Para tanto, usa-se do poder de polícia, que, segundo o mencionado autor, consiste na

---

<sup>113</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.

<sup>114</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 818.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 819.

<sup>116</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 569.

competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade<sup>117</sup>.

Para Celso Antônio Bandeira de MELLO, polícia administrativa é:

a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo<sup>118</sup>.

Hely Lopes MEIRELLES, por sua vez, entende como sendo “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”<sup>119</sup>. Para o autor, é um mecanismo de frenagem da Administração Pública para conter os abusos do direito individual, quando as atividades dos particulares forem contrárias, nocivas ou inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança.

Ainda, Bandeira de MELLO diferencia duas acepções do poder de polícia. No sentido amplo, abrange atos tanto do Legislativo quanto do Executivo, ou seja, “ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos”<sup>120</sup>. Em sentido estrito consiste nas intervenções do Poder Executivo destinadas a prevenir e obstar o desenvolvimento de atividades dos particulares contrastantes com os interesses sociais – noção de polícia administrativa.

Esta atuação da Administração Pública incide em inúmeros campos. Bandeira de MELLO cita: a segurança pública, a ordem pública, a tranqüilidade pública, a higiene e saúde públicas, valores e bens estéticos e artísticos, históricos e paisagísticos, riquezas naturais, a moralidade pública e a economia popular<sup>121</sup>.

---

<sup>117</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. 2010, ob. cit., p. 569.

<sup>118</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2010, ob. cit., p. 837.

<sup>119</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 131.

<sup>120</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2010, ob. cit., p. 822-823.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 844.

Então, desde que relacionados a esses bens e valores, é possível falar em tutela administrativa dos bens jurídicos.

Ainda, o poder de polícia administrativa nada mais é que a contraface do dever da Administração de dar execução às leis administrativas. Para tanto, manifesta-se através de atos normativos e de alcance geral (regulamentos, portarias etc.), bem como por meio de atos concretos e específicos (injunções concretas, como apreensão, fechamento de estabelecimento comercial, para citar alguns) – os quais, por sua vez, são praticados em obediência a preceitos legais e regulamentares.

Há casos ainda em que a norma administrativa prevê determinadas condutas como sendo proibidas, isto é, estipula infrações administrativas, cujo descumprimento voluntário acarreta na imposição de uma sanção administrativa – competência inerente ao poder de polícia<sup>122</sup>. Segundo JUSTEN FILHO, “trata-se de exercitar uma restrição às liberdades individuais, por meio da adoção de providências administrativas”<sup>123</sup>.

JUSTEN FILHO<sup>124</sup> diferencia poder de polícia e sancionamento administrativo. Para o autor, poder de polícia não tem natureza sancionatória, mas sim preventiva, a evitar lesões a direitos e a valores tutelados juridicamente. Todavia, ainda que o sancionamento não seja competência inerente ao poder de polícia, este pode implementar providências materiais destinadas a evitar a consumação da irregularidade ou a continuidade da situação jurídica (por meio das sanções).

No mesmo sentido, Hely Lopes MEIRELLES entende que as sanções administrativas são como elemento de coação e intimidação, para que se faça obedecer a ordem legal da autoridade competente<sup>125</sup>. A sanção administrativa, nada mais é, então, que uma manifestação do poder de polícia, quando apurada a ocorrência de algum ilícito.

---

<sup>122</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. 2010, ob. cit., p. 587.

<sup>123</sup> *Idem*.

<sup>124</sup> *Idem*.

<sup>125</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. 2006, ob. cit., p. 139-140.

### 2.5.1 Direito Administrativo sancionador

Conforme expõe Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO<sup>126</sup>, o Direito Administrativo sancionador pode ser entendido como uma evolução do “poder de polícia da administração pública”, ou melhor, da função administrativa de polícia. Isto para implementar providências materiais a fim de proteger lesões ou ameaças de lesão a bens jurídicos, através das sanções.

Para o mencionado autor<sup>127</sup>, as sanções são inerentes ao Direito e são prerrogativas do Poder Público. O surgimento do Direito Administrativo, ramo relativamente recente se comparado com os demais ramos da Ciência do Direito, fez com que se distinguissem as sanções penais das administrativas.

Em sentido contrário, Rafael Munhoz de MELLO<sup>128</sup> defende que ontologicamente não há diferença entre sanções no campo civil, penal ou administrativo. Para o autor, sanção é a consequência negativa atribuída à ocorrência de um ilícito, que, por sua vez, é a inobservância de um dever jurídico, seja qual for sua natureza. Entretanto, podem receber tratamento distinto no âmbito de um dado ordenamento jurídico, isto é, podem ter regime jurídico próprio dependendo de sua “espécie”.

Existem, segundo o autor, duas correntes doutrinárias que sustentam haver diferenças materiais entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos: corrente qualitativa e corrente quantitativa.

A corrente qualitativa é de origem alemã, do início do século XX, influenciada por um processo de despenalização, que tinha por objetivo retirar da esfera do Direito Penal ilícitos de menor importância, transferindo-os para o campo do direito administrativo<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sistema Administrativo Sancionador e direitos fundamentais.** Algumas considerações sistemáticas. Disponível em: <<http://www.iiede.org.br/arquivos/sistemaadministrativosancionadoredireitosfundamentais2.pdf>>. Acesso em: 02/11/2011. Trabalho apresentado no Seminário **II Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional**, organizado pelo IIEDE, São Paulo, 2008, p. 27.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>128</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador.** As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 43.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 47-48.

Para esta corrente, as sanções penais são reconhecidas por sua aplicabilidade a ilícitos que atingem interesses caros a toda a sociedade; já as sanções administrativas atingem interesses menores, muitas vezes confundidos com interesses próprios da Administração.

GOLDSCHMIDT<sup>130</sup>, ao tratar do Direito Penal Administrativo, distingue a posição dos particulares, enquanto indivíduos e enquanto membros da comunidade. Como indivíduo, este tem a liberdade delimitada pela ordem jurídica. Como membro da comunidade, o particular tem a obrigação de colaborar com a Administração Pública na busca do bem-estar social. Expõe Munhoz de MELLO que

a ausência de um bem jurídico na posição de objeto diretamente protegido pela norma afastaria a possibilidade de reconhecer um ilícito penal, mas não de reconhecer outras formas de ilicitude de natureza não-penal ou, de forma mais precisa, um ilícito administrativo. Neste, ao invés de uma formulação normativa voltada à tutela de um certo “bem jurídico” (*Rechtsgut*), teríamos, isto sim, uma norma orientada à promoção de um valor despido de um portador de vontade, expresso, por Goldschmidt, na noção de “bem público” (*öffenteliches Wohl*). Bem público este que, diga-se não consistiria em um “resultado”, isto é, algo dado, mas sim um simples objetivo<sup>131</sup>.

Já a corrente quantitativa utiliza diferenciação da gravidade da conduta. Aquelas condutas mais graves são apenadas com sanção penal; as menos graves, com sanções administrativas<sup>132</sup>.

Enfim, extrai-se dessas duas correntes que seriam sanções penais aquelas referentes às infrações de maior gravidade, predominantemente pessoais, ou seja, àquelas condutas tipificadas que ofendem seriamente bens jurídico-penais, de modo a comprometer de modo intolerável o funcionamento do sistema social para merecer proteção jurídico-penal. As sanções administrativas, por sua vez, seriam

definidas para infrações de menor gravidade, com penas predominantemente impessoais – e, por isso, com a reserva de tipicidade reduzida pelo emprego da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados, para serem aplicados pelo ramo administrativo do Estado<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. 2007, ob. cit., p. 50-53.

<sup>131</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2008, ob. cit., p. 14.

<sup>132</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. 2007, ob. cit., p. 54.

<sup>133</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Sistema Administrativo Sancionador e direitos fundamentais. 2008, ob. cit., p. 1.

MOREIRA NETO defende que a diferenciação por meios dos conceitos de gravidade e de personalização acabaram tornando-se insuficientes. Isto porque, para o autor, a realidade apresentou situações de igual ou maior risco ou lesividade que se submeteram à tutela do Direito Administrativo. Além disso, menciona que a característica da personalização restou prejudicada pelo fato de o Direito Penal passar a admitir pessoas jurídicas como autores delitivos<sup>134</sup>.

Sobre o tema, Roberto DROMI afirma que:

As sanções contravencionais ou administrativas não integram uma categoria menor em relação às de índole penal; o que diferencia uma sanção das outras é o bem jurídico protegido, que em um e noutro caso é diferente, não correspondendo, conseqüentemente, em estabelecer uma graduação quanto à gravidade das infrações<sup>135</sup>.

Então, para o mencionado autor, não há diferença entre a gravidade das sanções, apenas difere-se pelo bem jurídico tutelado.

Munhoz de MELLO entende que “tanto a sanção penal como a administrativa são manifestações de um mesmo poder estatal, o *ius puniendi*”<sup>136</sup>. Porém, as sanções penais são impostas no exercício da função jurisdicional e as administrativas no exercício da função administrativa.

Bandeira de MELLO traz outro critério diferenciador das sanções administrativas. Para ele, a sanção é administrativa quando decorrente de infrações administrativas e quando sua imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa, ainda que não necessariamente aplicada nessa esfera. Segundo o autor, é a natureza da sanção que determina a espécie de infração. A natureza da sanção, por sua vez, é reconhecida pela autoridade competente para impô-la. O autor ressalta, neste ponto, a diferença entre impor e aplicar, pois a

---

<sup>134</sup> Este é o caso do art. 225, § 3º, da Constituição Federal: “Art. 225, § 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”.

<sup>135</sup> DROMI, Roberto DROMI, Roberto. **Competencia y monopolio**: Argentina, Mercosur y OMC. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p. 138. “Las sanciones contravencionales o administrativas no integran una categoría menor em relación con las de índole penal, y en definitiva lo que diferencia a unas sanciones de otras es el bien jurídico protegido, que en uno y otro caso es diferente, no correspondiendo, en consecuencia, establecer una gradación en cuanto a la gravedad de las infracciones” (tradução livre).

<sup>136</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. 2007, ob. cit., p. 45.

imposição é de alçada da própria Administração, porém, a sua concreta efetivação pode se dar via cobrança judicial, no caso da multa, por exemplo.

Dentre as sanções, Bandeira de MELLO cita, a título de exemplo, a advertência, as sanções pecuniárias (multas), interdição de local ou estabelecimento, apreensão e destruição de bens, entre outras.

O autor entende que a finalidade das sanções no âmbito administrativo é o desestímulo à prática das condutas censuradas ou o constrangimento ao cumprimento das ações obrigatórias<sup>137</sup>.

Rafael Munhoz de MELLO, por sua vez, vê a sanção administrativa como uma “consequência negativa imposta ao infrator de um dever jurídico”<sup>138</sup>. Há, então, a imposição de um mal, de uma situação desfavorável, como medida aflitiva. Prossegue o autor classificando a medida aflitiva como: retributiva ou ressarcitória. Quando retributiva, a sanção administrativa esgota-se na sua aplicação, sem qualquer reparação do dano ou retorno ao *status quo ante*. Ressalta o autor que a finalidade não é punir, mas sim evitar o cometimento de novos ilícitos, evidenciando-se o caráter preventivo da sanção. Já a sanção ressarcitória impõe o castigo ao infrator e a medida, concomitantemente, “altera a situação de fato existente, reparando o dano causado à vítima da infração”<sup>139</sup>. Esta última é aplicada em casos de violação do dever geral de não causar danos a terceiros. A cada uma das duas espécies aplica-se um regime jurídico diverso.

Em que pese ser comum a nomenclatura “retributiva” no Direito Penal e no Direito Administrativo, não é possível que se entenda da mesma forma nas diferentes searas. Isto porque para o Direito Penal a teoria retributiva da pena visa à expiação ou retribuição da culpabilidade, reparando os danos causados à vítima, diferentemente de como é tratada no âmbito do Direito Administrativo.

Outra diferença que se demonstra é a possibilidade de transmissão de algumas sanções administrativas – o que recai diretamente sobre a característica da personalidade das sanções penais. Segundo Bandeira de MELLO<sup>140</sup>, existem duas hipóteses em que se pode admitir a transmissibilidade das multas, surgindo a figura

---

<sup>137</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2010, ob. cit., p. 848-849.

<sup>138</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. 2007, ob. cit., p. 72.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 75-77.

<sup>140</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2010, ob. cit., p. 861.

do responsável. A primeira delas é quando o responsável dispõe de controle sobre o infrator e, por não exercê-lo devidamente, ocorre a prática da infração. A segunda hipótese é do responsável que possui meios para constranger o infrator a se submeter ao pagamento da multa, mas não o faz.

MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN<sup>141</sup> reconhecem a relativização da distinção entre ilícito administrativo e ilícito penal, e, conseqüentemente, de suas respectivas sanções. Porém, os autores diferenciam o Direito Penal da Administração por ser o único que pode aplicar pena privativa de liberdade, bem como sanção direta ou subsidiária em caso de inadimplemento de multa penal.

Especialmente para o Direito Penal, D'ÁVILA reconhece a grande relevância do critério qualitativo. Isto porque

em primeiro lugar, enquanto pergunta acerca dos limites materiais do direito penal, sobre a identidade do ilícito penal e, assim, também sobre as condições indispensáveis para que uma determinada conduta seja elevada à condição de ilícito criminal, delimitando, por conseqüência, aquilo que não é suscetível de criminalização, mas não insuscetível de tutela por outros instrumentos estatais, como, *in casu*, o direito administrativo sancionador<sup>142</sup>.

A estrutura do modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais atribui ao ilícito posição privilegiada na estrutura dogmática do crime, bem como relaciona a ofensa ao resultado jurídico pela ofensa a bens jurídicos. Ou seja, primeiramente verifica-se a existência de um bem jurídico-penal como objeto de proteção da norma para, após, verificar a existência da ofensividade, como resultado jurídico da relação entre a conduta típica e o objeto de tutela da norma. Não basta o bem ser jurídico para merecer tutela penal, é necessário que seja um bem jurídico-penal, conforme já diferenciado. Há, então, como diferenciar os espaços normativos do ilícito penal e do ilícito administrativo, por duas principais razões:

(a) o primeiro espaço normativo, vedado ao direito penal, em razão do não atendimento da exigência de ofensa a um bem jurídico-penal, estaria restrito à regulamentação administrativa; (b) o segundo, formado por fatos detentores de ofensividade, representaria um âmbito de intervenção possível tanto ao direito penal, quanto ao direito administrativo, no qual a forma de intervenção a ser aplicada deverá ser orientada pelos demais

---

<sup>141</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. 1998, ob. cit., p. 84-85.

<sup>142</sup> D'ÁVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 60, 2006, p. 24.

princípios de direito e pelos interesses de política criminal, e no qual viria ponderado o aspecto quantitativo<sup>143</sup>.

Pelas características específicas da estrutura do próprio Direito Penal, isto é, por ser meio violento de controle social, devendo ser aplicado como último recurso, é inimaginável pensar que as sanções penais e administrativas sejam de mesma natureza. Em último caso, como expõe Figueiredo DIAS, a diferenciação destas penas de caráter de não criminal reside na natureza de suas consequências jurídicas<sup>144</sup>.

Ademais, Munhoz de MELLO, embora critique as correntes qualitativa e quantitativa, pelo fato de pautarem-se no comportamento praticado pelo infrator e não pelo modo como as coisas são disciplinadas pelo direito positivo<sup>145</sup>, reconhece que a “experiência estrangeira demonstra que os critérios [...] de distinção servem para orientar o legislador no momento de definir se uma determinada conduta deve ser tipificada como crime ou infração administrativa”<sup>146</sup>. Como o presente trabalho visa trazer em voga o tema para orientar o legislador na determinação da tutela aos bens jurídicos, a distinção por meio dos critérios qualitativos e quantitativos, faz-se bastante útil. Por esse motivo é que, neste ponto, discorda-se da equiparação entre as sanções.

Deve-se salientar que muitos dos estudos que tendem aproximar as sanções penais das administrativas visam à demonstração de que existem garantias comuns no Direito Penal e no Direito Administrativo sancionador.

## 2.5.2 Direito de mera ordenação social

O Direito Português desenvolveu o Direito de mera ordenação social, que “constitui hoje um sistema repressivo distinto do direito penal e dele autonomizado,

---

<sup>143</sup> D'ÁVILA, Fabio Roberto. 2006, ob. cit., p. 35.

<sup>144</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais a doutrina geral do crime. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 155.

<sup>145</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. 2007, ob. cit., p. 57.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 59.

tanto no plano substantivo como processual”<sup>147</sup>. Pode ser compreendido como uma manifestação do Direito Administrativo sancionador.

De acordo com Eduardo CORREIA<sup>148</sup>, este sistema teria surgido em face do alargamento e atrofiamento do Direito Penal, tendo sido impulsionado pelo espírito intervencionista do Estado Social nos diversos domínios (econômico, social, cultural, entre outros). Marcelo Rebelo de SOUSA e André Salgado de MATOS descrevem esse fenômeno como “purificação do direito penal mediante a sua redução ao núcleo essencial repressivo de condutas dotadas de maiores implicações éticas”<sup>149</sup>, convergindo para um novo ramo de direito sancionatório.

Diante dessas circunstâncias, desenvolveu-se a teoria denominada “direito penal administrativo”, que se destina a promover finalidades específicas do Estado-salutista<sup>150</sup>, pela criação e proteção em face de ilícitos administrativos – qualitativamente diferentes dos ilícitos penais, com penas de natureza diversa. Todavia, para Eduardo CORREIA, “a tutela da atividade do Estado-social nem sempre se pode bastar com reações administrativas: em certos casos, a sua proteção tem de reconduzir-se às estruturas do direito criminal”<sup>151</sup>.

Verifica-se que não é possível relacionar as penas somente pela finalidade que possuem, pois expressam, segundo o autor, uma censura ético-jurídica (cujo sentido é anterior à determinação de sua função). Isto porque a censura ético-jurídica é referida ao ser humano que livremente e com culpa violou ou ameaçou ferir certos valores. Entretanto, é certo que nem todo valor deve ser protegido penalmente, mas apenas aquelas infrações de maior “dignidade ético-jurídica”<sup>152</sup>.

Existem outros deveres dos particulares que ensejam reação por parte do Estado, como a atividade em face da Administração nos quadros do Estado-social, que consiste basicamente na colaboração com simples deveres, como o de registro,

---

<sup>147</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. 1997, ob. cit., p. 422.

<sup>148</sup> CORREIA, Eduardo. Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 49, 1973, p. 257-261.

<sup>149</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral: introdução e princípios fundamentais**. Tomo I. 3 ed., reimp. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2010, p. 76.

<sup>150</sup> De acordo com o autor, o Estado-salutista é aquele que visa à realização de suas particulares concepções morais, ameaçando quem desobedece com os males e a mácula ético-social em que as penas criminais se traduzem. CORREIA, Eduardo. 1973, ob. cit., p. 257-258.

<sup>151</sup> CORREIA, Eduardo. 1973, ob. cit., p. 265.

<sup>152</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. 2010, ob. cit., p. 76.

de informação e de sujeição a inquéritos. Estes, quando tiverem seu cumprimento determinado por normas, constituem-se formas, ainda que longínquas ou indiretas, de promoção do bem-estar. E, com o seu descumprimento, ocorre a frustração dos fins do Estado-social. Saliente-se que nesses casos, os particulares “estão longe de merecer um juízo ético-jurídico de censura”<sup>153</sup>, com penas criminais, mas apenas uma censura de natureza social, de advertência.

Diante deste dado, acrescenta Figueiredo DIAS que o Direito Penal Administrativo não pode persistir à luz de uma política criminal tendente ao movimento de descriminalização, sendo necessário distinguir as condutas ético-socialmente neutras. Estas foram retiradas do âmbito penal e consideradas, então, ilícitos administrativos, componentes do direito (administrativo) de mera ordenação social<sup>154</sup>.

Diante da manifestação da Administração, diferencia-se o Direito relativo à violação de certa ordenação social do Direito Penal, pois tem reações de natureza própria em face dos ilícitos administrativos (interesses administrativos não atraídos pelo Direito Penal). Estas reações são sanções ou penas administrativas, que visam apenas afirmar, por meio de uma entre muitas medidas, a vontade da Administração ante ao cidadão desobediente. Por isso, sua aplicação está confiada, em primeira instância, à Administração.

Esta censura ou advertência, por ser puramente social, ou seja, desprovida de sentido ético, pode ser aplicada tanto a uma pessoa singular quanto a uma pessoa coletiva. Esta característica, segundo Eduardo CORREIA, demarca a impessoalidade da sanção administrativa. Além disso, podem ter as mais variadas formas, com exceção daquelas que exprimem censura ético-jurídica, característica do Direito Penal.

Para evitar o total arbítrio da Administração no momento da sua imposição, é essencial que esteja vinculada a uma ideia de legalidade. Os ilícitos administrativos não precisam estar necessariamente tipificados. Podem, inclusive, ser instituída por normas em branco, desde que remetam a critérios fixados pela própria Administração para a consecução de seus fins salutistas. Isto para garantir certa segurança do indivíduo em face do Estado.

---

<sup>153</sup> CORREIA, Eduardo. 1973, ob. cit., p. 267.

<sup>154</sup> DIAS, Figueiredo. 2007, ob. cit., p. 157.

O Direito de mera ordenação social não apenas é mais maleável quanto à sua forma, mas “resulta de uma ampliada concepção de justiça, que postula um planeamento ou dirigismo, visando uma melhor produção ou distribuição de riquezas, uma maior produção e difusão da cultura ou de outros interesses da sociedade”<sup>155</sup>. Deve-se ressaltar, apenas, que o Direito de mera ordenação social, de acordo com Eduardo CORREIA, não pode se desligar da especificidade dos interesses que o determinam.

Conclui-se que, segundo esta corrente, o ilícito administrativo, tutelado pelo Direito de mera ordenação social, não corresponde ao um *minus* relativamente ao ilícito penal; são, na realidade, coisas distintas. Esta foi a solução encontrada pelo Direito português como resposta à hipertrofia do Direito Penal, para não punir de forma excessivamente severa comportamentos que somente merecem censura social.

Por fim, acrescenta D’ÁVILA que “as orientações qualitativas têm encontrado novo fôlego em consistentes construções provenientes do espaço de juridicidade português”<sup>156</sup>. Para distinguir o ilícito penal do ilícito de mera ordenação social, usa-se de critério qualitativo, qual seja: o valor ético-social da conduta em si.

Figueiredo DIAS afirma que a distinção é sempre material e não meramente formal. Desse modo, não é apenas a quantidade da pena, pois o direito de mera ordenação social não se resume a infrações bagatelares. O critério de distinção consiste na relevância axiológico-social da conduta, análise esta que pode ser temperada por outros critérios adicionais de distinção<sup>157</sup>.

Ainda, nota-se que, embora para a doutrina portuguesa haja para todo ilícito um bem juridicamente tutelado, no ilícito penal o bem jurídico tem existência independentemente da proibição e no ilícito de mera ordenação social apenas quando a conduta se relaciona com a proibição legal<sup>158</sup>. Isto é, a conduta é axiológico-socialmente neutra, “divorciada da proibição legal, sem prejuízo de, uma vez conectada com esta, ela passar a constituir substrato idôneo de um desvalor ético-social”<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> DIAS, Figueiredo. 2007, ob. cit., p. 278.

<sup>156</sup> D’ÁVILA, Fabio Roberto. 2006, ob. cit., p. 20.

<sup>157</sup> DIAS, Figueiredo. 2007, ob. cit., 163.

<sup>158</sup> D’ÁVILA, Fabio Roberto. 2006, ob. cit., p. 20.

<sup>159</sup> DIAS, Figueiredo. 2007, ob. cit., 162.

As condutas penais estão, desde logo, relacionadas a uma valoração de cunho social, moral e cultural, ou seja, já contém a valoração de ilicitude. No caso dos ilícitos administrativos, estes não possuem correspondência imediata à valoração mais ampla, sendo que cabe ao Direito valorar tais condutas como ilícitas. Este é, portanto, o princípio normativo fundamentador da distinção material entre ilícito penal e ilícito de mera ordenação social.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto na introdução, o objeto do presente trabalho é o limite existente entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, nos casos em que não se justifica a aplicação da sanção penal por conta dos fatores limitadores do *ius puniendi* estatal, quais sejam: o bem jurídico e o princípio da intervenção mínima.

Com base nestes elementos delimitadores do âmbito de atuação do Direito Penal, alguns bens jurídicos são retirados da esfera de tutela penal. Isto não significa, todavia, que este processo de seleção acarreta no desabrigo do bem jurídico de tutela estatal.

Esta problemática foi a motivação para o desenvolvimento do presente trabalho, visando atentar à necessidade de mais estudos e pesquisas sobre o tema, a fim de estabelecer critérios hígidos que possibilitem suprir esta deficiência desprovida de respostas *a priori*.

Ao longo do presente trabalho analisou-se o conceito de bem jurídico, tanto para o Direito em geral quanto para o Direito Penal, indicando parâmetros para a sua seleção, a partir de uma reflexão centrada em dois níveis: se o interesse deve ser juridicamente tutelado, isto é, se deve ser considerado um bem jurídico; e qual o ramo do Direito competente para tutelá-lo.

Como visto, o Estado Social e Democrático de Direito tem como principal função a garantia dos direitos fundamentais e depende da sua efetiva concretização para manter-se hígido. Esta foi a perspectiva adotada para analisar todo o processo de seleção, tanto para a escolha dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Estado quanto para a atribuição do regime jurídico.

O Direito Penal, como exposto ao longo do trabalho, possui características específicas que limitam o seu espectro de atuação especialmente em razão da incidência do princípio da intervenção mínima. Sendo o Direito Penal manifestação de violência intensa, o Estado precisa ter o seu *ius puniendi* restringido, a fim de que seja levado a efeito apenas em situações extremas para tutelar bens jurídico-penais tidos como essenciais à convivência em sociedade. Então, para que se justifique a aplicação de uma pena, parece ser imprescindível a proporcionalidade entre a

gravidade social da conduta, a lesão provocada e a pena correspondente. Através destas indicações, realiza-se a seleção dos bens jurídico-penais.

Ressalte-se que não há consenso acerca do conceito de bem jurídico nem mesmo a que tipo de direitos pode abranger. Por estes motivos, a teoria do bem jurídico é muito criticada, por não delimitar precisamente o seu objeto. Ademais, a doutrina questiona a possibilidade de intervenção penal na tutela de direitos coletivos ou supraindividuais.

Por meio da análise das duas concepções de bens jurídicos analisadas no trabalho, quais sejam: as teorias monista e dualista, parece mais sensata e compatível com os princípios instruidores do Direito Penal a teoria monista personalista.

Com a adoção deste posicionamento, a tutela dos direitos coletivos, que é constitucionalmente garantida, deve ser incumbida a outro ramo do Direito. Em outras palavras, inexistentes os requisitos para a tutela penal, os bens jurídicos “excluídos” desta esfera de interesse não deixam de ser, necessariamente, merecedores de proteção jurídica.

Diante deste entendimento, analisou-se a indicação em favor do Direito Administrativo para tutelar o que se considera campo “residual” de bens jurídicos. Isto porque a Administração pode atuar sem a provocação específica do indivíduo, por meio da atividade de polícia administrativa, já que nem sempre há uma pessoa física identificável para demandar tal atuação. Além deste motivo, a atividade administrativa conta com diversos instrumentos aptos a realizar tal proteção de modo eficiente.

Destacou-se, com tais pressupostos, o Direito Administrativo sancionador, que tutela os interesses do Estado e da coletividade, podendo valer-se de sanções administrativas para a sua eficácia. No estudo deste ponto, verificou-se uma tentativa de equiparação dos ilícitos penais aos ilícitos administrativos, bem como das sanções penais com as sanções administrativas. Porém, pelas características específicas do Direito Penal, tal equiparação não parece subsistir.

Embora haja semelhanças entre as diferentes áreas e o Direito esteja movimentando-se em sentido contrário à sectarização, não aparenta ser possível superar completamente os elementos que os distinguem. O bem jurídico-penal, com

teoria hígida a limitar o poder punitivo do Estado, não pode ser confundido com os demais bens jurídicos. Somente a ameaça ou lesão ao bem jurídico-penal pode justificar a atuação violenta do Direito Penal, sob pena de transgressão aos princípios e garantias constitucionais.

De natureza preliminar e superficial, nos limites de um trabalho de conclusão de curso de graduação, as reflexões aqui formuladas, ainda que não conduzam a conclusões, parecem ser suficientes para demonstrar a oportunidade e a conveniência de mais estudos e pesquisas sobre esse universo temático que envolve o complexo processo de migração da tutela jurídica penal para outros âmbitos da tutela jurídica estatal.

#### 4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLAMO, Mercedes Alonso. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 29, 2009. 45 p.

ALMEIDA, Bruno Rota. A discussão sobre a tutela penal de valores supraindividuais: ponderações a partir da teoria do bem jurídico-penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 29, abr.-maio/2009. 10 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2 ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral 1. 13 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas Fundamentais de Direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Volume I. Reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

CORREIA, Eduardo. Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 49, 1973. 25 p.

CRUZ, Flavio Antônio da. **O tratamento do erro em um Direito Penal de bases democráticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 17, v. 80, set.-out./2009. 28 p.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 60, 2006. 27 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2 reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais a doutrina geral do crime. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DROMI, Roberto. **Competencia y monopolio**: Argentina, Mercosur y OMC. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. 6 ed., ref., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOLDSTEIN, Raúl. **Diccionario de derecho penal y criminologia**. 3 ed., atual. e ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, v. 82, jan.-fev./2010. 21 p.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología e al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, v. 87, nov.-dez./2010. 18 p.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4 ed., cor. e ampl. Granada: Comares Editorial, 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. **Intervenção Mínima x Precaução: Conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental?** Disponível em: <<http://direitoerisco.com/site/artigos/Interven%E7%E3o%20M%EDnima%20x%20Prec%20au%E7%E3o%20Conflito%20entre%20Princ%EDpios%20no%20Direito%20Penal%20Ambiental%20-%20Karin%20Kassmayer,%20Paulo%20C%E9sar%20Busato.pdf>>. Acesso em 07/05/2011.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Vol. I. Trad. Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella. Klaus Günther: culpa penal no Estado Democrático de Direito. **Curso Livre de Teoria Crítica**; Marcos Nobre (org.). Campinas: Papyrus, 2008. 20 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte General. 3 ed., cor. e atual. Barcelona: PPU, 1990.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Estado, Pena y Delito**. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 77.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sistema Administrativo Sancionador e direitos fundamentais**. Algumas considerações sistemáticas. Disponível em: <<http://www.iiede.org.br/arquivos/sistemaadministrativosancionadoredireitosfundamentais2.pdf>>. Acesso em: 02/11/2011. Trabalho apresentado no Seminário II Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional, organizado pelo IIEDE, São Paulo, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte general. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. **Problemas estruturais do Estado Capitalista**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**. Lineamentos para um Direito Penal Mínimo. 2 ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. V. I. São Paulo: Max Limonad, 1960.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ex., 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. de Luís Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Ana Isabel de Figueiredo e Maria Fernanda Palma. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. **Revista dos Tribunais**, ano 96, v. 848, jun./2006. 22 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2 ed., rev. e ampl. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**: anuário 2004/2005; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura, Livraria do Advogado Ed., 2006. 41 p.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção dos bens jurídicos! **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 3, n. 53, mar.-abr./2005. 29 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral**: introdução e princípios fundamentais. Tomo I. 3 ed., reimp. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2010.

SOUZA, Susana Aires de. Sociedade do risco: réquiem pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, v. 86, set.-out./2010. 16 p.

TAVARES, Juarez. Bem jurídico e Função em Direito Penal. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, v. 8, n. 46, out.-nov./2007, 5 p.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Primeiro Volume. Teoria Geral do Direito Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Parte general. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yánes Pérez. 4 ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 19, v. 90, maio-jun./2011. 10 p.