

MICHEL KNOLSEISEN

**A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO: UMA
VISÃO A PARTIR DA NOÇÃO DE BEM JURÍDICO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em direito penal e criminologia pela Universidade Federal do Paraná e Instituto de Criminologia e Política Criminal.

Orientador: Prof. Juarez Cirino dos Santos.

Curitiba
2008

*Para minha Jaqueline, que com seu sorriso
fácil iluminou uma vida.*

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho e o que ele representa seria impossível sem a contribuição de algumas pessoas.

Aos meus pais, Marcos e Fátima, e a minha irmã, Candice, por sempre terem acreditado em mim e pelo constante incentivo aos estudos.

Ao Professor Juarez Cirino dos Santos, lutador incansável pela melhoria do mundo através do combate às mazelas do capital, por ter me concedido a bolsa de estudos, que propiciou a frequência ao Curso de Especialização do ICPC e o aprendizado mais que privilegiado do apaixonante universo da criminologia e do verdadeiro Direito penal crítico.

Ao Professor Guilherme Merolli, pelo auxílio prestado no pedido de bolsa de estudos.

Ao amigo Maurício Dieter, pelo incentivo, auxílio no pedido de bolsa e pela ajuda com o material bibliográfico.

Ao amigo Rodrigo Duarte Damasceno Ferreira (RDDF), companheiro das aflições e alegrias da advocacia criminal e de aulas no ICPC.

Aos colegas de turma Hélio, Simão, André Giamberardino, André Szezs, Aline, Mariel, Thathyana e Sílvia.

Agradeço imensamente a contribuição de cada um de vocês.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	1
2 BEM JURÍDICO	2
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	2
2.2 BREVE ABORDAGEM SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO	6
2.3 A NORMA PENAL FRENTE AO BEM JURÍDICO	13
2.3.1 A norma penal como meio de proteção de bens jurídico-penais.	14
2.3.2 O bem jurídico como relação de disponibilidade entre o sujeito e objeto que deve estar prevista na norma penal.....	17
2.3.3 A norma penal como proteção das expectativas normativas	19
2.3.4 Posição adotada.	20
3. O CRIME DE PERIGO ABSTRATO E A CONSTITUIÇÃO	24
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME DE PERIGO ABSTRATO... ..	24
3.2 RAZÕES DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	30
3.2.1 A ausência de lesividade ao bem jurídico nos crimes de perigo abstrato.	30
3.2.2 A presunção contrária ao cidadão nos crimes de perigo abstrato.	33
4. CONCLUSÃO	35
BIBLIOGRAFIA	37

RESUMO

O presente trabalho destinou-se a demonstrar a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, por não respeitar à garantia fundamental à lesividade, como princípio limitador do poder punitivo estatal; bem como por impor uma presunção contrária ao indivíduo - que tem como direito a presunção do estado de inocência. É inquestionável, por fim, que a noção de bem jurídico é imprescindível para a limitação do poder punitivo estatal, pois é fator impeditivo de formas de pensar que, possivelmente, possam ser impostas pelo aparelho Estado.

Palavras chave: *Bem jurídico; crimes de perigo abstrato; inconstitucionalidade*

1 INTRODUÇÃO

A expansão da utilização, na legislação penal contemporânea, dos crimes de perigo abstrato, chama atenção para a questão da noção de bem jurídico e a coerência desta modalidade de crime com a Constituição da República.

Em um Estado Democrático de Direito, a noção de bem jurídico é elemento imprescindível para o Direito penal, na medida em que representa um instrumento eficaz para a limitação do poder punitivo estatal.

Apesar da formulação de um conceito preciso de bem jurídico ser tarefa praticamente impossível, a sua noção deve estar inserida dentro de um contexto constitucional. Por outro lado, a mesma Constituição que é a fonte de bens jurídicos prevê, em seu texto, mecanismos que servem como verdadeiros obstáculos para atuação do Estado, no exercício do poder punitivo.

E é dentro deste contexto que se insere a problemática dos crimes de perigo abstrato, pois, de um lado, a referência a bem jurídico é meramente retórica e, de outro, de outro o perigo de lesão, além de não ser auferível empiricamente, é resultado de uma presunção contrária ao sujeito.

Todavia, para se alcançar o objetivo proposto com este trabalho, alguns pontos são de abordagem necessária.

No primeiro capítulo trata do bem jurídico, da evolução histórica de seu conceito, da função da norma penal frente a noção de bem jurídico e, por fim, será exposta a posição adotada.

O segundo capítulo se refere ao crime de perigo abstrato e a constituição. Nele será feita uma abordagem geral sobre o crime de perigo abstrato. Posteriormente, serão expostos os motivos que evidenciam a sua inconstitucionalidade.

Com isso, inicia-se a análise.

2 BEM JURÍDICO

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

À norma penal é atribuída, pela maioria da doutrina¹, a função de proteção aos bens jurídicos. Há, porém, duas outras posições: a primeira, que vê o direito penal como instrumento protetor da relação de disponibilidade entre o sujeito e o bem jurídico²; e a segunda, que tem como seu maior defensor JAKOBS, que atribui à norma penal a função de proteção das expectativas de cumprimento dos preceitos normativos³.

Todos esses posicionamentos serão abordados posteriormente. Todavia, desde já, deve-se refutar a posição defendida por JAKOBS, em razão do autoritarismo que representa, consubstanciado na possibilidade de expandir, de modo irrestrito, o poder punitivo do Estado e o controle social que é sua consequência.

Neste contexto, a única forma do Direito penal estar em consonância com um Estado Democrático de Direito é a referência que os tipos penais devem fazer aos bens jurídicos.

¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos, la estructura de La teoria del delito*. Tomo I. 2ª ed. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas. 2007. p. 51; MAURACH, Reinhart, ZIPF, heinz. *Derecho penal: parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Tradução: Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Alfredo y Ricardo Depalma. 1994. p. 283; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Tradução: José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares. 1994. p. 231; MUÑOZ CONDE, Francisco, ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 3ª ed. Valência: Tirant lo Blanch. 1998. p. 64. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 3ª ed. Barcelona: PPU. p. 100; FIGUEREDO DIAS. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. Tomo I. Coimbra: Coimbra. 2004. p. 118. No Brasil, defendem que a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2ª ed. Curitiba/Rio de Janeiro: ICPC/ Lumen Juris. 2007. p. 17; PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 26-30.

² Esta linha de pensamento é adotada por ZAFFARONI, ALLAGIA e SLOKAR (*Derecho penal: parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar. 2002. p. 486-494). Dentre os doutrinadores brasileiros, tal posicionamento é adotado por TAVARES (*teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 197-202).

³ JAKOBS, Günter. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoria de La imputación*. Tradução: Joaquim Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gozalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons. 1997. P. 45.

A definição de bem jurídico-penal, entretanto, ainda não tem contornos precisos⁴. Talvez, jamais venha a ter.⁵ E, a partir de uma análise estritamente dogmática, que leva em consideração elementos ligados à norma, não há explicação para a completa impossibilidade de uma conceituação exaustiva⁶. Deste modo, definir o que seja bem jurídico vai apresentar sempre contornos variáveis.

Atribui-se ao Estado o monopólio da punição quando ocorre um fato punível⁷. Portanto, o *ius puniendi* estatal está condicionado à definição legal do que é delito, de modo que o sujeito só pode ser punido, caso pratique uma das condutas descritas na legislação criminal. As leis penais, por sua vez, devem, no mínimo, fazer referência a uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.

Essa perspectiva traçada evidencia dois aspectos: só será possível ao Estado exercer seu Direito de punir o indivíduo, caso sua conduta coloque em perigo ou efetivamente lesione bem jurídico; a escolha dos bens jurídicos que serão referidos pelas leis penais depende, exclusivamente, do legislador, que não deixa de ser, direta ou indiretamente, a voz da classe detentora do poder⁸

⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. p. 19;

⁵ Para FIGUEIREDO DIAS, “a noção de bem jurídico (seja ela embora, como já se vê, uma noção fulcral de toda nossa disciplina) não pôde, até ao momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. p. 109.

⁶ Ao abordar a impossibilidade de conceituação exaustiva de bem jurídico, TAVARES sustenta como causa que “as conceituações, geralmente, procuram esclarecer de forma sintética as diretrizes do pensamento jurídico quanto ao conteúdo do injusto e às finalidades da norma, o que conduz a confundi-los, indevidamente, com o próprio bem jurídico” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 181).

⁷ Neste sentido, por exemplo, ROXIN. *Derecho penal: parte general*. P. 51; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. p. 103.

⁸ “Os componentes do poder legislativo (e o próprio poder legislativo como um todo) ‘aparecem’ como representantes da vontade geral do povo, expressa no voto popular, mas seus compromissos ‘reais’ não são com a vontade geral de todo o povo, ou com o interesse geral do conjunto da sociedade, e sim com a vontade e os interesses das classes (ou bloco de classes) que dominam as relações de produção econômicas, como proprietários do capital, ou seja, com a classe dos capitalistas. É o voto quantitativo do conjunto do povo (bloco dominante e dominados) que elege os chamados representantes do povo para legislar, mas é o dinheiro (poder econômico) dos capitalistas que promove as campanhas políticas de captação do voto popular e decide, em primeira e última instância, sobre a sorte dos vitoriosos e dos derrotados nas eleições. Assim, os compromissos aparentes dos representante do povo, no poder legislativo, são com o conjunto de seus eleitores (e, portanto, com o conjunto do povo brasileiro), mas seus compromissos reais são com os agrupamentos sociais que controlam os meios de produção, como seus proprietários, e, portanto, que dispõem do poder efetivo como recursos econômicos-financeiros para decidir que será ou não será eleito como ‘representante do povo’ em geral. O discurso político assume a forma ideológica mistificada do interesse geral, do bem comum, etc., mas a ação política assume a forma real do interesse particular e do bem específico das classes (ou bloco de classes) dominantes na sociedade capitalista: o objetivo ideológico aparente é a satisfação das necessidades e interesses gerais do conjunto da sociedade, mas o objetivo real oculto é a proteção dos interesses e a satisfação das

Todavia, a atribuição ao Estado de um *ius puniendi*, além de equivocada⁹, ignora a idéia de que o Estado é um aparelho na mão da classe que detentora dos meios de produção. E a principal função deste aparelho é assegurar o processo capitalista de produção, no qual é tirada da classe trabalhadora a mais valia¹⁰.

E como aparelho que é, o Estado está constantemente sob risco de ser direcionado de acordo com as idéias da classe que o domina. Vários são os fatos históricos que evidenciam o direcionamento da “vontade” estatal de acordo com as idéias e pretensões dos detentores do poder.

No âmbito penal, esse direcionamento se reflete na criminalização das condutas, de acordo com os anseios e pretensões dos detentores do poder. A classe que está em posição contrária à classe que domina o aparelho Estado terá suas ações e suas formas de buscar a ascensão a melhores condições de vida criminalizadas. Isto é, canaliza-se para a repressão penal, que é vista como repressão legal e representativa dos anseios do povo, as pretensões e as formas utilizadas para a supressão de necessidades daqueles que não são detentores do poder.

necessidades do bloco das classes dominantes, que controlam o conjunto das relações econômicas de produção e distribuição da riqueza material, e, inevitavelmente, controlam a constituição do poder jurídico e político do Estado, e, conseqüentemente, a ação desses poderes, produzindo e garantindo a aplicação de leis (normas gerais e obrigatórias), que, por sua vez, produzem, reproduzem e ampliam o seu poder de classe”.(CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense. 1984. P. 101.)

⁹ Com razão, TAVARES recusa a existência de um direito subjetivo de punir do Estado: “Conferir-se ao Estado um direito subjetivo de punir, ao contrário do que se pode imaginar, não terá como correspondência, a criação de direitos públicos subjetivos do cidadão. Isto porque, na relação contratual, a conferência de um direito a uma das partes, necessariamente, impõe obrigações a outra. Foi justamente sobre este esquema que se elaboraram todas as concepções que retratavam o delito como uma infração a deveres e não como uma lesão a bens jurídicos” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 162). Por outro lado, como sustenta ZAFFARONI, o sistema penal é completamente carente de legitimidade, em razão da falta de racionalidade que o assola. E nem mesmo a legalidade pode suprir a falta de legitimidade do sistema penal, na medida em que “a operacionalidade real do sistema penal seria legal, se os órgãos que para ele convergem exercessem seu poder de acordo com a programação legislativa tal como expressa o discurso jurídico-penal”. No entanto, como prossegue o autor, “nem sequer a este nível prévio o exercício de poder do sistema penal é ‘legal’”.(ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan. 1991. p. 16-29). Também se opõe ao conceito de direito subjetivo de punir do Estado: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2005. p. 106-110.

¹⁰ Para ALTHUSSER, “o Estado é explicitamente concebido como um aparelho repressor. O estado é uma máquina de repressão que permite às classes dominantes (no século XIX, a classe burguesa e a ‘classe dos grandes latifundiários’) assegurarem sua dominação sobre a classe trabalhadora, submetendo estas últimas ao processo de extorsão da mais valia (isto é, à exploração capitalista).(ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado (notas para uma investigação)*. In: ZIZEK, Slavoj. *Um mapa da ideologia*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto. 2001 p. 111).

O contexto até agora traçado demonstra que a escolha e conceituação dos bens jurídicos aos quais a legislação penal deve fazer referência serão, ingênua ou propositadamente, de caráter político¹¹. Depende, também, de critérios totalmente políticos, a escolha de determinados bens passíveis de referência na lei criminal, em detrimento de outros bens não menos importantes.

Portanto, como ressalta ROXIN, “a concepção de bem jurídico não é estática, na medida em que está sujeita às mudanças sociais e aos progressos de conhecimento científico”¹².

A princípio, essa afirmação de ROXIN não parece levar em consideração elementos ligados às relações de poder na sociedade capitalista, e a utilização do Direito penal como instrumento essencial para o controle e dominação social.

Porém, essa assertiva feita por ROXIN reflete, ainda que de modo não proposital, a conclusão que chegaram RUSCHE e KIRCHHEIMER, segundo a qual “todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondam às suas relações de produção”¹³.

A partir do momento que se tem como imprescindível a referência que a lei penal deve fazer ao bem jurídico; e, por outro lado, partindo-se da premissa de que a escolha dos bens jurídicos que serão referidos pela norma penal é feita pela classe dominante, a mutabilidade que o conceito de bem jurídico apresenta e vai apresentar é e será necessária para explicar a seletividade do sistema penal e justificá-la de modo a racionalizar a constatação de que a violência legal atinge as classes que não detêm poder nem têm influência no direcionamento das atividades do aparelho Estado¹⁴.

¹¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 181.

¹² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. p. 57-58.

¹³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª ed. Tradução Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan. 2004. p. 20. De acordo com BARATTA, a afirmação feita por RUSCHE e KIRCHHEIMER significa que “na sociedade capitalista, o sistema penitenciário dependente, sobretudo, do desenvolvimento do mercado de trabalho: a medida que a população carcerária e o emprego desta como mão de obra dependem do aumento ou da diminuição da força de trabalho disponível no mercado, e de sua utilização”. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan. 2002. p. 192).

¹⁴ A busca da explicação para o sistema penal é um fato histórico. ZAFFARONI afirma que “cada ‘jusnaturalismo’ histórico teve sua criminologia, ou seja, seu sistema de idéias sobre o que deve ser o delito e a pena e as causas pelas quais se delinqüe, o que implica uma crítica ou uma justificação do sistema penal existente neste momento histórico”.(tradução livre)(ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Criminologia: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis. 2004. P. 101. Dentro desta perspectiva, se insere a razão e a necessidade do conceito de bem jurídico ser mutável, para se justificar as relações de poder na sociedade do capital.

Apesar desses problemas apresentados pela falta de definição precisa do que seja bem jurídico, e da utilidade que disto decorre para os detentores do poder, o seu conceito e utilização, na definição das condutas objeto da punição prevista na legislação penal, não deve ser imediatamente rechaçada.

Reside no bem jurídico toda a legitimação da norma penal. Deste modo, dentro do âmbito de um direito penal democrático, não se pode abrir mão da garantia de que só se criminalize, primária e secundariamente, conduta que coloque em efetivo perigo ou lesione diretamente bem jurídico, o qual deve ser transparente e cuja escolha deve independer da escolha política do legislador e do aplicador da lei (Poder Judiciário), levando-se em conta direitos fundamentais previstos na Constituição da República¹⁵. Somente desta forma poderá se falar em um Direito penal em consonância com o Estado Democrático de Direito, que busque sempre ter como referência bens jurídicos, previstos na Magna Carta na forma de direitos individuais.

Até porque, na esteira dos ensinamentos de BARATTA, a substituição do Direito penal por qualquer coisa melhor só será possível, quando “substituímos nossa sociedade por uma sociedade melhor”¹⁶. Uma sociedade, no entanto, só será melhor, na medida em que se garantam os direitos fundamentais individuais e que se desfaça da cultura punitiva que a assola e a conduz, o que permitira a manifestação, em plenitude, da liberdade do ser humano.

Por isso, são necessários os estudos do bem jurídico e de suas funções para a legislação penal. Antes disso, porém, é imprescindível uma breve abordagem sobre a evolução do conceito de bem jurídico.

2.2 BREVE ABORDAGEM SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO

O conceito de bem jurídico começa a ser discutido a partir do liberalismo do século XIX¹⁷. Antes disso, o crime era visto como um pecado, e a pena era a

¹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. p. 16; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e constituição*. p. 70-82; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 181, 197-203

¹⁶ BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. p. 207.

¹⁷ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. p. 333; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. p. 231;

expulsão daqueles que praticavam a ação criminosa da comunidade em que viviam¹⁸.

BIRNBAUM é o primeiro autor que trabalhou com o conceito de bem jurídico¹⁹, “em oposição à tese iluminista de que o delito constituiria uma lesão de direito subjetivo”²⁰.

Todavia, para compreender a concepção de BIRNBAUM, é preciso, conforme advertência feita por TAVARES, “salientar que ela não teria êxito, não fosse a idéia inicial de FEUERBACH, ancorada no contrato social, de afastar o fundamento do delito da tese de que pudesse ele ser visco como uma simples violação de dever, sancionada criminalmente”²¹.

Em razão da idéia de contrato social, na época do iluminismo e do racionalismo, não era possível o desenvolvimento de um conceito independente de bem jurídico²². Por isso, FEUERBACH não concebia o delito como uma violação a um determinado bem jurídico, mas como a violação de um direito subjetivo, ou seja, “uma lesão ao direito individual do ofendido exercer sua própria liberdade em face da ação de outrem”²³.

Neste contexto, ainda que não houvesse o desenvolvimento de uma idéia de bem jurídico, a concepção desenvolvida por FEURBACH é de grande relevância, na medida em que representou uma limitação ao poder punitivo do Estado.²⁴

A noção de bem jurídico desenvolvida por BIRNBAUM assumia um conteúdo notadamente individualista, pois era clara sua identificação com interesses ou situações fáticas intimamente ligadas ao indivíduo, como a vida, a integridade física, a liberdade e o patrimônio²⁵.

Essa teoria notadamente demonstra que sua formulação é resultado da influência dos ideais liberais. Isto porque, a partir dela, começa-se a incriminar as

¹⁸ PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. p. 27.

¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. p. 110.

²⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 182-183.

²¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 183.

²² MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. p. 333.

²³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 183.

²⁴ “Este conceito constituía uma forma de delimitação da incriminação e do arbítrio estatal na configuração dos tipos penais, porque representava, no campo jurídico, a preocupação de retratar o direito subjetivo como símbolo de demarcação do dano social que pudesse decorrer da conduta criminosa. O Estado não poderia, assim, incriminar qualquer conduta, mas apenas aquelas condutas que implicassem a violação de um direito subjetivo e, conseqüentemente, que implicassem um dano social”. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 183).

²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. p. 110.

condutas que atinjam bens garantidos, ao menos teoricamente, a todos os cidadãos, de forma igualitária pelo Estado.²⁶

Atribui-se a BINDING um refinamento no conceito de bem jurídico²⁷, porque, na sua concepção, somente o legislador, através das leis, pode expressar a vontade do Estado em conceder a certos bens a qualidade de bens jurídicos que devem ser referidos pela norma penal. Essa linha de pensamento é denominada de positivismo jurídico²⁸.

Por outro lado, adotando a vertente desenvolvida pela corrente denominada de positivismo sociológico²⁹, VON LISZT concebe o bem jurídico como interesse juridicamente protegido³⁰. Deste modo, deve-se proteger os interesses individuais, porque a vida social é resultado da sua soma³¹.

É preciso, todavia, reconhecer uma virtude nesse conceito. Ainda que ingenuamente, note-se que há, nesta concepção, segundo TAVARES,

uma idéia utilitarista da norma penal sobre a base de uma realidade. O interesse não é algo imaginário, é algo perceptível, assim, por exemplo, a manutenção da vida, da integridade corporal, do patrimônio e sua possibilidade de transmissão, da reputação como expressão da própria individualidade no seio da comunidade, da incolumidade pública, como estado social de estabilidade diante de perigos, ou da própria confiança em documentos ou objetos de caráter público, que sustenta a fé pública³².

Na verdade, a concepção de VON LISZT representa um avanço frente à proposta de BINDING. Afinal, ela significa a percepção de que há interesses do homem preexistentes à norma, de modo que a intervenção normativa não cria bens jurídicos, mas apenas os reconhece e os protege³³.

A partir da segunda década do século XX, a concepção de bem jurídico passa a ter influência direta dos pressupostos neokantianos.

²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. p. 232; MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. p. 334.

²⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. p. 232.

²⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 187.

²⁹ Para o positivismo sociológico, a fonte do direito não é, tão somente, a lei, mas o costume ou o espírito do povo, "como sintetizador de uma vontade geral, ao estilo contratualista ou organicista" (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 187).

³⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. p. 232; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 187.

³¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 187.

³² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 187-188.

³³ PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. p. 35.

Com a visão neokantiana, segundo JESCHECK, “o bem jurídico deixa de ser entendido como sendo um interesse concreto prévio à norma”³⁴, passando a ser, nos dizeres de TAVARES, “um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma”³⁵.

De um modo geral, para essa concepção, a idéia de bem jurídico está ligada à finalidade da norma. Para HONIG, o bem jurídico é “o fim em sua forma mais breve”³⁶. MEZGER adota a mesma linha de pensamento e vê o bem jurídico “como um valor que se identifica com a própria finalidade da norma, da qual depende para sua existência”³⁷.

A partir da visão neokantiana, a concepção liberal e própria de um Estado Democrático de Direito acerca de bem jurídico é criticada pela Escola de Kiel, por ser considerada demasiadamente materialista. Com isso, operou-se uma mudança na concepção de delito, de modo que a infração criminal não era mais vista como uma lesão a bens jurídicos, mas como uma conduta que lesiona um dever³⁸. Permite-se, assim, que se direcione o Direito penal de acordo com os fundamentos e ideais adotados por Estados fascistas.

As críticas formuladas pela Escola de Kiel, apesar de serem, em parte, absurdas, permitiram a constatação de que a essência do delito não pode ser vista somente sob o vértice da lesão ao bem jurídico³⁹. Desta forma, para que se configure o crime, é necessária a ocorrência do desvalor de resultado (de cunho eminentemente causal) e do desvalor de ação (de cunho eminentemente final).

Em conseqüência desta divisão, conforme ressalta JESCHECK, “se perfilava o problema dominante na atual discussão científica, ou seja, em que relação devem contemplar-se o injusto de resultado e o injusto de ação para que a lesão de bem jurídico e a lesão de dever se equilibrem no marco de conceito de delito”⁴⁰.

Não obstante, conceber o delito como uma lesão do dever, além de esvaziar a noção de bem jurídico, como elemento necessário para a configuração do crime, se mostra de grande pertinência para o Estado. Afinal, na medida em que

³⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. p. 232.

³⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 187.

³⁶ HONIG *apud* JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. p. 232.

³⁷ MEZGER *apud* TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 189.

³⁸ Neste sentido, ver: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. p. 232; MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. p. 334.

³⁹ Neste sentido: MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. p. 334.

dele deixa de ser exigido, para a incriminação de condutas, a demonstração de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, a utilização da noção de delito, como dano a um dever, permite a arbitrária utilização do poder de punir, pois à classe detentora do poder só será exigido demonstrar valores ao dever cujo dano é punido na esfera penal, valores estes, como ressalta TAVARES, semelhantes “ao sadio sentimento do povo ou à consciência coletiva, ou à vontade geral da nação, ou à moralidade pública”⁴¹.

O radicalismo expressado pelas posições da Escola de Kiel e a sua utilização como fundamento do poder punitivo de Estados fascistas reforçaram a necessidade dos delitos fazerem referência ao bem jurídico.

No entanto, o conceito de bem jurídico não poderia ter uma origem exclusivamente dogmática, porque, desta forma, a sua concepção ficaria e fica completamente a disposição do legislador, que passa a não ter limites na criminalização das condutas⁴².

Isso ficou muito bem expresso a partir da obra *Política criminal e sistema de direito penal*, escrita por ROXIN, onde se ressalta, em suma, a necessidade de se permitir a introdução, no sistema do direito penal, das decisões valorativas da política criminal, de modo que não existam contradições entre ambas, mas sim que formem uma unidade dialética, nos mesmos moldes em que deve ocorrer a relação entre Estado de Direito e Estado Social⁴³.

Assim, dentro de um Estado Democrático de Direito, que tem como função primordial o respeito ao ser humano e seus direitos individuais, a concepção político-criminal de bem jurídico é a única que se mostra plausível, na medida em que representa uma concreta limitação ao poder punitivo do Estado⁴⁴.

Historicamente, considera-se como a grande vitória da concepção político criminal de bem jurídico a descriminalização do Direito penal sexual alemão⁴⁵.

⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. p. 232.

⁴¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 194.

⁴² GRECO, Luís: *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais nº. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 93.

⁴³ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2ª ed. Tradução: Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi. 2006.

⁴⁴ GRECO, Luís: *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. p. 93.

⁴⁵ GRECO, Luís: *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. p. 96.

Até o ano de 1969, a homossexualidade entre adultos, a sodomia, a difusão de pornografia e outras condutas similares eram consideradas crimes na Alemanha.

Porém, com base na concepção político-criminal de bem jurídico, sustentou-se que tais ações não apresentavam nenhum tipo de dano a direitos individuais ou a bens em estados vulneráveis, faltando-lhes uma causalidade lesiva. Dentro deste contexto, era impossível não perceber que destes atos não decorria lesão a nenhum bem jurídico, sendo a sua criminalização resultado da concepção comum que os consideravam imorais.⁴⁶

O Direito penal sexual alemão era, portanto, ilegítimo sob a ótica político-criminal de bem jurídico, o que levou o legislador a abolir a tipificação destas e muitas outras condutas⁴⁷.

Há quem discorde desta colocação. De acordo com GRECO, “para FRISCH e STRATENWERT, por exemplo, o conceito de bem jurídico aqui pouco fez; a descriminalização do homossexualismo masculino decorreria de mudanças culturais, ela sim decisivas”⁴⁸.

Posições como essa demonstram como o conceito de bem jurídico não é amplamente aceito. E muitos dos fundamentos que sustentam este modo de pensar não são do todo refutáveis. Porém, o que eles realmente evidenciam é a necessidade de reflexão acerca da construção até agora feita⁴⁹, para que não se perca a sua maior contribuição: a necessidade de se limitar o poder punitivo do Estado.

Atualmente, dentre aqueles que negam a importância da concepção de bem jurídico, o de maior destaque é JAKOBS, para quem a contribuição do Direito Penal é a manutenção da configuração estatal, quando determinadas condutas atinjam as expectativas de condutas corretas, estabelecidas na norma. Isto é, “a proteção da firmeza das expectativas normativas essenciais frente à decepção” é o bem jurídico-penal⁵⁰.

⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. p. 52.

⁴⁷ GRECO, Luís: *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. p. 96.

⁴⁸ GRECO, Luís: *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. p. 96.

⁴⁹ GRECO, Luís: *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. p. 97.

⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. p. 45.

A proposta de JAKOBS, no entanto, deve ser refutada, porque, como destaca TAVARES, “ao reformular o conceito de bem jurídico para indicar que por tal se deva entender a validade fática das normas, regressa à velha proposta de MEZGER de não diferenciá-lo de seus próprios fins de proteção”⁵¹.

Além do mais, tal concepção se mostra como uma valiosa arma para Estado, no exercício ilimitado do poder punitivo, pois permite que interesses referentes à manutenção do poder e à opressão de determinadas classes e seus movimentos organizados para reivindicar o cumprimento de direitos individuais fundamentais, sejam elevados ao grau de norma, reduzindo por completo as esferas de discussão democráticas e dando ensejo a um Estado autoritário, em moldes semelhantes ou iguais aos estados Fascistas.

Como se vê, a substituição da noção de bem jurídico pelo critério de proteção da validade da norma representa uma afronta ao Estado Democrático de Direito e a todas as liberdades individuais dele derivadas.

No entanto, para que o Estado possa ser considerado Democrático de Direito, é essencial que a sua Constituição tenha a liberdade do indivíduo como valor fundamental.

Com base nestes pressupostos essenciais ao Estado Democrático de Direito, não existe outra possibilidade de uma noção de bem jurídico compatível com a idéia de limitação do poder punitivo do Estado, que não aquela derivada da Constituição, pois o somente o texto da Carta Maior restringe o legislador, no momento da formulação dos tipos penais, bem como traça, sob a perspectiva do indivíduo, os limites da atuação estatal, de modo a garantir o pleno exercício da liberdade que é inerente ao ser humano.

Não basta, porém, que a concepção de bem jurídico esteja inserida dentro do âmbito constitucional. É necessário que o seu conteúdo seja material, traduzindo uma certa concretização, capaz de, individualmente, evidenciar quais bens são atingidos com a prática da conduta descrita no tipo⁵².

A análise das alterações do conceito de bem jurídico demonstra que o seu conceito resulta, diretamente, dos rumos tomados pelo aparelho Estado, no

⁵¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 196.

⁵² Neste sentido, ver: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. p. 111-112; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e constituição*. p. 95-96; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 197-198.

exercício do poder punitivo que possui⁵³; evidencia, também, que a sua noção e importância para o Direito penal é negada por muitos, o que pode culminar na completa eliminação da concepção de bem jurídico para o delito, como está ocorrendo na Alemanha atualmente.⁵⁴

Portanto, a preservação da noção de bem jurídico, sob uma perspectiva constitucional, se mostra de suma importância. Isto porque, só assim haverá um limite ao poder punitivo do Estado, na medida em que a noção de bem jurídico, além de só permitir a intervenção penal quando outra medida menos restritiva à liberdade do cidadão não surta efeito⁵⁵, veta qualquer punição de condutas imorais, com fins ideológicos ou com objetivos preconceituosos e discriminatórios.

2.3 A NORMA PENAL FRENTE AO BEM JURÍDICO

Na perspectiva traçada, fica evidenciado que o bem jurídico, na concepção democrática, que leva em consideração a liberdade pessoal, é uma garantia do indivíduo frente às arbitrariedades cometidas pelo aparelho Estado.

Todavia, o bem jurídico, como leciona TAVARES,

constitui, ao mesmo tempo, objeto de preferência, como valor vinculado à finalidade da ordem jurídica em torno da proteção da pessoa humana, e objeto de referência, como pressuposto de validade da norma. Neste último caso, ao subordiná-lo à demonstração de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico.⁵⁶

Como se vê, não há questionamento sobre o bem jurídico ser condição de validade da norma, em razão da posição adotada, que defende a importância da noção de bem jurídico com base na Constituição. Até porque, subordinar o poder punitivo estatal à demonstração de que a conduta lesiona ou coloca em perigo bem jurídico, é a única forma de se ter um Direito penal que não atinja a individualidade do ser humano.

O mesmo não pode se dizer, porém, do bem jurídico como objeto de preferência da norma penal. Isto porque, há três concepções diferentes neste

⁵³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 197.

⁵⁴ Neste sentido, ver: GRECO, Luis. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. p. 97.

⁵⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 16-17.

⁵⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 205.

sentido. Assim, é importante abordar as características e críticas feitas a cada um destes posicionamentos.

2.3.1 A norma penal como meio de proteção de bens jurídico-penais.

Conforme já foi exposto, a concepção de que a norma penal protege bens jurídicos é acolhida pela grande maioria da doutrina nacional e estrangeira.

Em linhas gerais, defende-se que as normas penais, assim como outras normas jurídicas, têm uma eminente função protetora. Contudo, o diferencial da norma penal é a gravidade dos meios empregados para o cumprimento desta finalidade.⁵⁷ Afinal, a consequência da sua aplicação é a restrição da liberdade do indivíduo. Por isso, não é a lesão ou perigo de lesão a qualquer bem jurídico que deve ser criminalizado. O Direito penal só será legítimo, se assegurar determinados bens, previamente estabelecidos pela Constituição⁵⁸, e cujo dano ou risco de dano afete qualquer possibilidade de participação do indivíduo na sociedade.⁵⁹ Conseqüentemente, nega-se qualquer criminalização de violações puramente morais, de condutas que expressam a defesa de alguma ideologia ou de determinadas etnias, em razão de suas características físicas e/ou culturais.

A concepção de bem jurídico, portanto, é muito mais ampla que a noção de bem jurídico-penal. Daí decorre a conclusão de que a proteção dada pelo Direito penal é subsidiária. Isto é, o amparo dado pela norma penal ao bem jurídico tutelado é sempre em caráter subsidiário e fragmentário (ou de *ultima ratio*), na medida em que só será digna de pena⁶⁰ a lesão a bem jurídico, quando outras medidas estatais menos restritivas a liberdade do indivíduo não tenham êxito na proteção destes bens.

Várias são as críticas à noção de que a norma penal protege bens jurídicos⁶¹. Merecem destaque, todavia, as posições de JAKOBS, ZAFFARONI, BATISTA e TAVARES.

JAKOBS critica a doutrina que vê como função do direito penal a proteção de bens jurídicos, com base no pressuposto de que a função da norma penal seria

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. p. 64.

⁵⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. p. 52.

⁵⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. p. 102.

⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. p. 109.

proteger a ordem social, a qual não vem definida em todos os bens e nem sempre somente por bens; e que apenas o interesse público na conservação de determinado bem pode convertê-lo em bem jurídico, mas nem sempre o interesse público se refere somente à conservação de bens.⁶²

Além disso, JAKOBS critica, também, a falta de exposição, pelos defensores da proteção dos bens jurídicos, de fundamentos que justifiquem a elevação de determinados bens à categoria de bens jurídico-penais.⁶³

Por outro lado, JAKOBS argumenta que nem sequer os bens que o Direito penal reconhece desfrutam de proteção absoluta, porque só há bens jurídicos, na medida em que desempenham uma função para viabilizar o contrato social. Até porque, uma norma penal não pode proteger um bem de todos os riscos, mas só contra aqueles que não sejam consequência necessária do contrato social⁶⁴.

Apesar das críticas, JAKOBS não rechaça completamente a doutrina que defende a noção de bem jurídico. Assim o faz, porém, dentro de uma visão do delito como manifestação de dano social. Na verdade, JAKOBS defende que a configuração social se concretiza através de bens; e esta concretização tem a função de abreviar a questão da danosidade social. De qualquer forma, o que importa para a punição é sempre esta danosidade social⁶⁵, e não a lesão ou perigo de lesão a bens jurídico-penais.

Para ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR, o conceito de bem jurídico não pode, de modo algum, legitimar o poder punitivo. Por isso, é errôneo atribuir à norma penal a função de proteção de bens jurídicos, porque pressupõe que a pena vai prevenir resultados lesivos aos bens jurídico-penais, o que é um juízo completamente falso.⁶⁶

Ademais, ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR sustentam que o conceito de bem jurídico tutelado é resultado de uma incompatível confusão entre o caráter fragmentário da legislação penal e o caráter sancionador que esta tem. Isto porque, não é a norma penal que cria bens jurídicos, mas a Constituição, o Direito internacional e o resto da legislação. Assim, o Direito penal receberia o bem jurídico

⁶¹ Neste sentido, ver: ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. p. 30-36; e ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. p. 67-71.

⁶² JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. p. 56.

⁶³ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. p. 56.

⁶⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. p. 56-57.

⁶⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. p. 57-58.

já tutelado e eventualmente, em razão da sua natureza fragmentária e excepcional, individualizaria e preveria punição para determinadas ações que lesionassem estes bens, fazendo isto, inclusive, por obediência a mandamentos constitucionais ou internacionais.⁶⁷

A lei penal, portanto, não decide sobre a tutela de bens jurídicos. Nesta perspectiva, o bem jurídico serve para limitar o poder punitivo estatal, na medida em que a criminalização primária de uma conduta dependerá da demonstração que a sua prática lesiona ou coloca em perigo de lesão o bem jurídico tutelado pelo Direito (constitucional, internacional, civil, etc.). Sustentar a idéia de bem jurídico penalmente tutelado importa no reconhecimento de uma função constitutiva da norma penal. E mais: ainda que a tutela jurídico-penal, tal concepção não limita o poder punitivo do Estado, porque a extensão dos bens jurídico-penais dependerá da medida em que a *ultima ratio* seja acolhida pela decisão político-criminal, que, por sua vez, é sempre determinada por conjunturas do poder: “as emergências desnudam a contingência da *ultima ratio*”.⁶⁸

Dentro deste contexto, ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR concluem que a noção de que a norma penal protege bens jurídicos se converteu em um conceito legitimador que abre caminho para uma criminalização sem limites; e que é natural que assim seja, porque ao não poder definir para que serve a pena, é impossível a distinção entre poder punitivo legítimo e ilegítimo”⁶⁹.

Para ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR e BATISTA, “nada prova que a lei penal efetivamente tutele bem jurídico: a única coisa suscetível de verificação é que ela confisca um conflito que atinge ou coloca em perigo o bem jurídico”⁷⁰. Pelo contrário, para ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR e BATISTA, a idéia de que o Direito penal tutela bem jurídico acaba que por diluir a limitação imposta pela noção de que

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. p. 486.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. p. 486.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. p. 487.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. p. 487.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 227.

o bem jurídico deve ser lesionado ou exposto em perigo, o que possibilita a criminalização sem lacunas⁷¹.

Finalmente, a eficácia preventiva do Direito penal, que é atribuída quando se defende a sua função de proteção de bens jurídicos, é refutada por ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR e BATISTA, porque

ao enganar-se (por mera dedução) sobre a eficácia preventiva da pena, o discurso permite racionalizar a punição de riscos muito distantes e hipotéticos (perigos abstratos, remotos, etc), bem como viabilizar intervenções bastante desproporcionadas como o dano (inventar-se uma necessidade tutelar enorme, embora a afetação do bem jurídico seja insignificante), além de até mesmo criar bens jurídicos inexistentes, porque a idéia de bem jurídico tutelado tende a espiritualizá-lo para desembocar em um único bem tutelado, que é a vontade do estado (de polícia), porquanto este acaba sendo o único juiz da premência e do vigor da ilusória tutela.⁷²

TAVARES também rejeita a tese de que a finalidade da norma seja a proteção do próprio bem jurídico. Para este autor, a finalidade do Direito penal é a proteção da pessoa humana, “que é objeto final da proteção da ordem jurídica”⁷³.

Apesar de todas as críticas formuladas, a noção de que o bem jurídico é objeto de proteção penal é preponderante na doutrina. E a razão para isto se sustenta no caráter fragmentário e subsidiário que caracteriza a criminalização de condutas, o que permite que nem todos os bens jurídicos sejam objeto de tutela penal.⁷⁴

2.3.2 O bem jurídico como relação de disponibilidade entre o sujeito e objeto que deve estar prevista na norma penal.

A partir das críticas feitas à visão de que a finalidade do Direito penal é a proteção de bens jurídicos, ZAFFARONI concebe o bem jurídico como sendo a relação de disponibilidade do sujeito com o objeto. A norma penal, portanto, não protege o objeto por si só, mas sim deve fazer referência ao bem jurídico que é a relação de disponibilidade que o sujeito tem com estes objetos (vida, liberdade,

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 227.

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 227.

⁷³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 199.

etc.). A lei penal, através dos tipos, prevê condutas que serão reprovadas penalmente, por seu exercício significar a perturbação ou impedimento à disposição destes objetos⁷⁵.

Nessa perspectiva, a legitimidade da norma penal dependerá da demonstração, pelo Estado, que a sua atuação é necessária para impedir que outrem interfira no exercício de direitos do próprio indivíduo, o que, segundo TAVARES, “fundamenta a constituição de um direito subjetivo desse indivíduo a determinada condição de garantia”⁷⁶.

É importante destacar que a idéia de disposição não pode se confundir com a idéia de destruição. Na verdade, esta última é o limite da disponibilidade. Assim, em um Estado Democrático de Direito, deve-se respeitar a forma como o objeto da relação é utilizado ou aproveitado⁷⁷.

Esse último aspecto ressaltado serve para refutar as críticas advindas de setores que dividem os bens jurídicos em disponíveis e indisponíveis.

Reconhece-se, ademais, que a proteção à disposição de bens não ocorre somente em relação ao ser humano. Se mostra necessário a admissão de que há bens jurídicos de sujeitos não humanos (animais) e do nascituro.⁷⁸

Partindo da premissa de que nem sempre o Direito penal se preocupa com a perda de bens, e de que não há explicação para a eleição dos bens e para os motivos relevados para erigi-los à categoria de bens jurídico-penais, JAKOBS critica a noção de bem jurídico como sendo a relação de disponibilidade do sujeito com o objeto, em razão da sua indeterminação de quais funções devem ser reconhecidas como juridicamente válidas.⁷⁹ Isto evidencia que a crítica de JAKOBS se estende a todas as concepções que condicionam a validade da lei penal à referência ao bem jurídico.

⁷⁴ Neste sentido, ver: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. p. 15-16.

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. p. 489; ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro: parte geral*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 439. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 198.

⁷⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 199.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. p. 489

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. p. 493-494.

⁷⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. p. 44-52.

2.3.3 A norma penal como proteção das expectativas normativas

Essa posição, característica do funcionalismo denominado de próprio⁸⁰, corresponde, basicamente, a concepção de JAKOBS, segundo a qual as leis penais são necessárias “para a manutenção da forma da sociedade e do Estado”⁸¹, através da proteção das expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social, dentro dos moldes traçados pela lei.⁸² O bem jurídico-penal, portanto, é a proteção da firmeza das expectativas de cumprimento da norma, em caso da ocorrência de uma conduta que represente a sua negação.

A linha de pensamento defendida por JAKOBS parte da constatação de que nem todos os tipos penais têm como núcleo os bens jurídicos; e de que nem sempre o Direito penal se preocupa com a perda de bens, porque sua função se restringe à proteção frente alguns ataques, os quais refletem a oposição à norma. Estes ataques refletiriam que o sujeito ativo da ação se opõe ao “projeto de conformação do mundo oposto pela norma”⁸³, o que corresponde a negação da vigência desta, de modo que a única forma de preservar o significado dela é através da reação punitiva.

A alteração proposta por JAKOBS é bastante criticada, em razão do autoritarismo que representa, consubstanciado da exclusão da liberdade cujo exercício, pelo indivíduo, é inerente às garantias fundamentais da pessoa em um Estado Democrático de Direito.

Conforme já foi ressaltado anteriormente, a proposta defendida por JAKOBS representa um regresso à concepção defendida por MEZGER, segundo a qual não se diferenciava o conceito de bem jurídico dos próprios fins de proteção.⁸⁴

Além do mais, a consideração de que a função do direito penal é a proteção das expectativas normativas reduz todos os bens jurídicos a um único bem jurídico, aproximando-se, assim, da idéia de HEGEL de que o delito seria uma lesão a uma vontade geral.⁸⁵

Mas não só por isso que se critica a concepção de JAKOBS.

⁸⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 198.

⁸¹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. p. 44.

⁸² JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. p. 45.

⁸³ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. p. 45.

⁸⁴ Neste sentido: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 198.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. p. 493-494.

ROXIN se opõe a ela sustentando que um sistema social “não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo, mas atendendo aos homens que vivem na sociedade.”⁸⁶ E o Estado, dentro da perspectiva democrática de Direito, deve, obrigatoriamente, respeitar os Direitos humanos dos indivíduos da sociedade.

Por outro lado, é importante destacar que JAKOBS não aborda questões ligadas à legitimidade e ilegitimidade dos conteúdos da norma, na medida em que as declarações neste sentido seriam de cunho político e não científico.⁸⁷

Inegavelmente, tal posicionamento submete o jurista à discricionariedade e à arbitrariedade do Poder Legislativo, pois, sem sombra de dúvidas, o estabelecimento das fronteiras a serem respeitadas pelo legislador, na elaboração da lei, e do próprio Estado Democrático de Direito, no exercício do seu poder punitivo, é mais que uma tarefa, mas um dever do Poder Judiciário, em suas decisões, e da doutrina.⁸⁸

Por fim, critica-se a noção de JAKOBS por, praticamente, permitir a abrangência da lei penal a todos os conflitos gerados, enquanto a concepção da norma penal como proteção subsidiária de bens jurídicos reservava ao Direito penal somente os casos em que outros ramos do direito, menos restritivos à liberdade do cidadão, se mostrassem ineficazes para evitar a lesão a estes bens tutelados penalmente. Em outras palavras, ainda que se atribua ao Direito penal a proteção de bens jurídicos, isto não significa que tenha que se castigar todas as lesões, mas somente aquelas cuja prevenção de ocorrência não é possível por outros ramos da legislação, como, por exemplo, o Direito civil e o Direito administrativo.⁸⁹

2.3.4 Posição adotada.

A exposição da evolução histórica do conceito de bem jurídico e das várias concepções de sua função frente ao Direito penal demonstra que a noção de bem jurídico ainda está sob iminente risco de ser praticamente eliminada, no momento da criminalização primária das condutas. Mais do que isto, evidenciou-se que a idéia de bem jurídico é completamente dependente dos rumos tomados pelo

⁸⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. p. 33.

⁸⁷ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. p. 34.

⁸⁸ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. p. 34.

⁸⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. p. 70.

aparelho Estado, os quais são decorrência direta da vontade da classe detentora do poder.

Porém, mesmo diante dessa última constatação, é preciso reafirmar e defender o conceito de bem jurídico, pois é a única forma, nas sociedades capitalistas, de se proteger o indivíduo frente todas as arbitrariedades possíveis a serem cometidas pelo Estado, no exercício do poder punitivo. Até porque, foi uma lógica comum no Direito penal adotado nos Estados autoritários o descrédito do conceito de bem jurídico.⁹⁰

Além disso, a concepção de bem jurídico é a única capaz de dar ao Estado, no exercício do poder punitivo, os moldes delineados pelas Constituições democráticas. Afinal, são estas Cartas Políticas que determinam que o Estado deve respeitar o indivíduo e a liberdade, cujo exercício é inerente à individualidade de todo o ser humano.

A Constituição, portanto, deve ser a fonte exclusiva de bens jurídicos, pois somente através dela é possível delinear-los em moldes concretos, capazes de identificar a origem dos conflitos.

Não cabe, todavia, ao Direito penal tutelar os bens jurídicos. Isto porque, tal visão parte do falso pressuposto de que pena é capaz de prevenir a prática de delitos. E esta falsidade é facilmente constatável, quando se leva em consideração que nunca nenhuma das funções oficiais declaradas da pena surtiu o efeito desejado. Na verdade, as únicas funções cujo sucesso é notável são a função política da punição, que é o controle social e a opressão da classe dominada, constituída por aqueles que estão excluídos das relações de consumo, para que se perpetue o modo de produção capitalista e o poder da classe detentora do capital; e a função ideológica é a que esconde que as classes detentoras do poder praticam condutas iguais ou mais lesivas que as classes oprimidas criminalizadas e brutalmente inseridas nas prisões⁹¹.

Por isso, a atribuição de uma função protetora de bens jurídicos ao Direito penal apresenta uma eficácia relegitimante da norma penal e de todo o controle social que decorre da sua aplicação, na medida em que ressuscita a ilusória concepção de que a punição penal previne futuros atos que danifiquem ou

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro: parte geral*. p. 443.

⁹¹ Neste sentido, ver: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. p. 487-490.

coloquem em risco os bens jurídicos. Ganha força, assim, a ponto de quase de se tornar uma verdade absoluta, o discurso baseado em BECCARIA, segundo o qual a impunidade é a maior causa da prática de delitos⁹², pois, no sentido contrário, a punição aos praticantes de ações criminosas preveniria que outras pessoas praticassem as mesmas condutas, garantindo-se, deste modo, a tutela dos bens jurídicos.

Conseqüentemente, a criminalização de condutas deixa de ter que observar a garantia de respeito à liberdade do cidadão, passando a funcionar com instrumento de segurança pública⁹³, o que abre um perigoso espaço para o Estado, já que este poderá, utilizando-se do discurso preventivo baseado na função de que a punição protege bens jurídicos, se valer de políticas discriminatórias e fatidicamente voltadas contra as classes mais vulneráveis à criminalização primária e secundária, em formas semelhantes ou iguais à política adotada nos Estados Unidos da América, denominada de tolerância zero.⁹⁴

Paralelamente, esconde-se que o Direito penal nada mais é do que a materialização do discurso do poder, que, através da criminalização primária, seleciona as classes que serão submetidas ao sofrimento autorizado legalmente denominado de pena; e através da criminalização secundária, persegue indivíduos da classe oprimida, já que as agências repressivas estatais estão predispostas a perseguir e impor o sofrimento legal às classes que não detêm o poder, o capital, os meios de produção e não fazem parte do mercado de consumo, em razão da sua força de trabalho ser facilmente substituível.

Apesar das críticas formuladas, não se pode duvidar do caráter democrático e das intenções de limitar o poder punitivo do Estado daqueles que concebem a função da norma penal como proteção de bens jurídicos. Todavia, a

⁹² Na clássica obra *Dos delitos e das penas* BECCARIA defende que a idéia de crime e de punição daria "à penalidade toda a conformidade possível com a natureza do crime, para que o temor de um castigo especial afaste o princípio da senda a que levava a perspectiva de um crime vantajoso. É necessário que a idéia de suplicio esteja constantemente presente no coração do homem débil e domine o sentimento que o conduz ao crime". (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Rideel. 2003. P. 77).

⁹³ Neste sentido, ver: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 200.

⁹⁴ Os resultados da política de tolerância zero foram catastróficos. Flagrantemente, esta política tinha como objeto a gestão penal da pobreza, através da violência institucional praticada pelos aparelhos repressivos do Estado. Deste modo, restou aos excluídos do mercado de consumo, apenas, a convivência com as arbitrariedades praticadas sob um falso manto de uma legislação igualitária, mas que no fundo refletia, grosseiramente, a vontade dos efetivos donos do poder. Para um aprofundamento sobre a política de tolerância zero e suas nefastas conseqüências, ver: WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001.

visão mais coerente um Estado que deve respeitar o exercício da individualidade do ser humano, é aquela que vê o bem jurídico como a relação de disponibilidade entre o sujeito e o objeto. Neste contexto, a tutela de bens jurídicos é tarefa do Direito Constitucional e demais ramos, enquanto que à norma penal cabe a proibição de determinadas condutas que afetem esta relação de disponibilidade.

Ao Estado, portanto, cabe garantir que o sujeito possa exercer plenamente seus direitos sem que terceiro interfira. Entretanto, isto não significa que obrigatoriamente deve ser utilizada a pena como forma de solucionar o conflito gerado pela interferência no exercício de disponibilidade do sujeito com o bem. A função protetiva estabelecida pela Constituição impõe que os conflitos sejam resolvidos de maneira pacífica. Daí se conclui que o Estado não tem obrigação de punir, quando verificada a ocorrência de um conflito. Por conseguinte, reforça-se a visão de que a pena só será legítima, quando demonstrada que sua aplicação é de extrema necessidade, a qual é evidenciada pela ineficácia de qualquer outra medida prevista em ramo diverso do Direito.⁹⁵

⁹⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 200.

3. O CRIME DE PERIGO ABSTRATO E A CONSTITUIÇÃO

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME DE PERIGO ABSTRATO.

A limitação do poder punitivo estatal, decorrente da adoção, em um Estado Democrático de Direito, da noção de bem jurídico, reflete de duas formas na norma penal. A primeira delas, diz respeito à necessidade da validade da lei penal estar condicionada a presença de um bem jurídico concreto, que possibilite a constatação do conflito entre sujeitos. A segunda é a necessária demonstração, pelo legislador e pelo julgador, de que a conduta narrada no tipo penal lesiona ou coloca em risco o bem jurídico referido na norma. Este último aspecto ressaltado representa a necessidade do Poder Legislativo, na formulação do tipo penal, se referir diretamente ao bem jurídico e o resultado que o coloca em perigo ou o danifica; e do Poder Judiciário, quando efetua o julgamento, da demonstração efetiva e fática de que a conduta julgada lesionou ou colocou em risco o bem jurídico.

A partir destes apontamentos, é possível delinear a presença de três modalidades distintas de tipos penais, que devem, necessariamente, evidenciar um resultado exterior à vontade do autor: tipos de resultado, perigo concreto e perigo abstrato.

Nos tipos de resultado, que são a maioria dos tipos previstos na lei penal, efetivamente ocorre uma lesão ao bem jurídico, decorrente da ação praticada pelo sujeito ativo.

Os crimes de perigo concreto se caracterizam quando a conduta praticada coloca concretamente o bem jurídico em perigo. A configuração deste crime depende da ocorrência de um perigo de resultado.⁹⁶

Todavia, como ressalta ROXIN, baseando-se na jurisprudência alemã, a configuração e a comprovação da ocorrência de perigo concreto ao bem jurídico é ainda uma questão controversa. Porém, podem-se reconhecer dois pressupostos para a configuração desta modalidade de tipo: em primeiro lugar, a existência de um objeto de ação que tenha entrado no âmbito operativo de quem o tenha colocado

⁹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. p. 407.

em perigo; e, em segundo lugar, a ação perpetrada tem que ter criado um perigo a este objeto, de tal modo que ele tenha ficado muito próximo da efetiva lesão.⁹⁷

Por fim, os crimes de perigo abstrato são definidos como a modalidade típica em que não é necessária a efetiva colocação do bem jurídico em perigo⁹⁸, até porque o perigo não é parte do tipo, mas sim o motivo da proibição⁹⁹. A razão da punição, portanto, é, simplesmente, uma conduta considerada, pelo legislador, como perigosa. E esta periculosidade é decorrência, segundo afirma DIAS, “de uma *presunção inelidível* de perigo e, por isso, a conduta é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efetivo para o bem jurídico.”¹⁰⁰ Isto quer dizer que nesta modalidade de delito, o perigo é uma *presunção juris et de jure* pela lei.

Portanto, conforme afirma ROXIN, dentro da perspectiva por ele traçada de que a pena tem a função de proteção subsidiária de bens jurídicos, a finalidade do Poder Legislativo, com a confecção de tipos de perigo abstrato, seria a de evitar a ocorrência de perigos concretos ou lesões aos bens jurídicos.¹⁰¹

Juntou-se a distinção entre crimes de perigo concreto e perigo abstrato uma terceira modalidade de delito: o crime de perigo abstrato-concreto, proposta por SCHRÖDER.

Partindo do pressuposto de que o perigo, nos crimes de perigo concreto, além de ser elemento do tipo, deve ser constatado materialmente pelo juiz, para tornar legítima a aplicação da pena; e de que, nos crimes de perigo abstrato, os indícios de periculosidade são indicados somente pela lei, é possível sustentar que existe uma categoria intermediária, com elementos de ambas as modalidades clássicas dos delitos de perigo.¹⁰²

Desta forma, os crimes de perigo abstrato-concreto seriam aquelas modalidades de crimes em que a constatação do perigo não seria tarefa do legislador, mas sim do juiz, aproximando-se, assim, dos crimes de perigo concreto. Por outro lado, o juiz não vai considerar todas as circunstâncias do caso concreto, para então constatar a periculosidade da ação; a qualificação da conduta como

⁹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. p. 407.

⁹⁸ MONTAÑEZ, Teresa Rodríguez. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores. 2004. p. 30.

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. p. 292.

¹⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. p. 292.

¹⁰¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. p. 407.

¹⁰² MONTAÑEZ, Teresa Rodríguez. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. p. 34.

perigosa vai depender de uma abstração das circunstâncias do caso concreto (característica do crime de perigo abstrato).¹⁰³

Essa combinação dos elementos dos crimes de perigo abstrato e concreto ocorreria quando o legislador, diante da impossibilidade de determinar os pressupostos do perigo, transfere a decisão para o juiz. Mas, como ressalta o próprio SCHRÖDER, “a interpretação do tipo que resulta desta decisão não tem que ser produzida conforme a concreta situação, e sim como uma medida geral”¹⁰⁴.

A introdução, na classificação das modalidades de delitos, do crime de perigo abstrato-concreto é contestada com argumentos bastante sólidos. Os principais são de autoria de GALLAS, que sustenta que a elasticidade observada nos crimes de perigo abstrato já abrange os crimes classificados como crimes de perigo abstrato concreto; e que a modalidade de crime proposta por SCHRÖDER é incompatível com a exigência do resultado nos crimes de perigo concreto, que é, justamente, a efetiva colocação do bem jurídico em perigo material de lesão.¹⁰⁵

Além do mais, GALLAS afirma que SCHRÖDER emprega conceitos distintos quando define o delito de perigo concreto e quando fala dos crimes de perigo abstrato-concreto. No primeiro caso, SCHRÖDER reconhece que a configuração do delito depende da concreta colocação em perigo do bem jurídico; já no segundo caso, o elemento que ligaria os crimes de perigo abstrato-concreto com os delitos de perigo concreto seria o ato em que juiz realizaria uma expressa constatação de uma amplitude lesiva. Assim, para se formular a definição de crime de perigo abstrato-concreto, se levaria em consideração elementos ligados ao desvalor de ação, que são próprios dos crimes de perigo abstrato, e não o resultado de colocação em perigo de determinado bem jurídico.¹⁰⁶

As críticas feitas evidenciam que a posição mais correta é a recusa da existência de crimes de perigo abstrato-concreto. Aliás, dentro de uma perspectiva de limitação extrema do poder punitivo estatal, deve-se refutar qualquer proposta de criação de novas modalidades de delitos, principalmente aquelas em que o bem jurídico não é levado em consideração ou é utilizado para fins simplesmente retóricos.

¹⁰³ MONTAÑEZ, Teresa Rodríguez. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. p. 35.

¹⁰⁴ SCHRÖDER *apud* MONTAÑEZ, Teresa Rodríguez. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. p. 35.

¹⁰⁵ GALLAS *apud* MONTAÑEZ, Teresa Rodríguez. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. p. 35.

¹⁰⁶ GALLAS *apud* MONTAÑEZ, Teresa Rodríguez. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. p. 35.

A noção de bem jurídico e as conseqüências que ela traz à norma penal explica a razão da existência dos delitos de resultado e de perigo concreto. Entretanto, a questão dos crimes de perigo abstrato é bastante controversa e apresenta contornos bastante preocupantes para o Estado Democrático de Direito, na medida em que esta modalidade de tipo penal pode ser utilizada com muita facilidade pelo Estado, valendo-se, para isto, da utilização meramente retórica do conceito de bem jurídico, já que o perigo que a conduta traz à relação de disponibilidade do sujeito com o objeto é resultado de uma presunção, e não da concreta constatação de que a ação faticamente trouxe perigo esta relação. Minimiza-se, portanto, a importância dos bens jurídicos no crime de perigo abstrato, o que possibilita a expansão do poder punitivo do Estado mediante a utilização desta modalidade de delito.

A constatação de que se vive atualmente perante uma sociedade de risco, derivada da revolução tecnológica¹⁰⁷, ligada às problemáticas da pós-modernidade e da globalização¹⁰⁸, refletiu diretamente sobre o Direito penal. Isto porque, a partir dela, é anunciado, nos dizeres de DIAS,

o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência individual e comunitária ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é incompetente), ou derivavam de acções humanas próximas e definidas, para a contenção das quais era bastante a tutela a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo a saúde, a propriedade, o patrimônio, em suma, o catálogo próprio de um direito penal *liberal* e extremamente *antropocêntrico*. Anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente distanciados da accção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como conseqüência, pura e simplesmente a *extinção da vida*.¹⁰⁹

Diante do contexto apresentado, questiona-se até que ponto o Direito penal de vertente liberal e moldado nos limites do Estado Democrático de Direito, fundado, principalmente, sob a concepção de bem jurídico, está pronto para fazer frente aos riscos derivados das práticas de uma sociedade de risco¹¹⁰.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 228-229.

¹⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. p. 127.

¹⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. p. 128.

¹¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. p. 61.

Há, na doutrina, tendências que refutam a possibilidade do Direito penal de vertente liberal ser eficaz diante dos novos riscos, porque a forma como está construído o Direito penal clássico não se compromete com a proteção de gerações futuras. Por isso, é necessária a reformulação da política criminal, de modo que se abandone a obrigatoriedade de referência a bens jurídicos, e se aceite que a função da norma passe a ser a de orientação da conduta humana na vida comunitária; e a reconstrução da dogmática jurídico-penal, capaz de abandonar elementos básicos para o Direito penal, como a individualização da responsabilidade penal, e reformular questões ligadas à causalidade, à imputação objetiva, à culpa e à autoria¹¹¹. Daí surgem propostas como o Direito penal de duas velocidades, de SILVA SANCHEZ, e o Direito penal secundário, de DIAS, que propõem uma relativização das garantias do Direito penal liberal, nos casos de condutas necessariamente compatíveis com a sociedade de risco, como, por exemplo, no caso de delitos praticados por pessoas jurídicas. Em sentido contrário está a Escola de Frankfurt, para a qual as propostas de um Direito penal preventivo necessariamente sacrificaram as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito. Destaca-se, nesta corrente, a proposta de HASSEMER de, por um lado, reduzir o Direito penal ao Direito penal nuclear, voltado para os para a proteção dos Direitos individuais do sujeito, e, por outro lado, de um Direito de intervenção, situado entre os ramos não penais do Direito, em que, certamente, estaria dotado de sanções menos intensas frente aos indivíduos.¹¹²

E é pelo discurso da necessidade do Direito penal ser um verdadeiro instrumento de precaução de futuros danos que podem atingir toda a sociedade, que o momento consumativo das condutas previstas na legislação penal está sendo antecipado, criminalizando-se, inclusive, atos de preparatórios e ações que antes eram consideradas crimes em suas formas tentadas. A presunção de que determinadas condutas colocam bens jurídicos em risco passa a ser regra do Direito penal, o que possibilita a expansão desenfreada de tipos de perigo abstrato, sob o argumento de que só esta modalidade típica é capaz de controlar os riscos inerentes à sociedade pós-moderna.

¹¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. p. 128.

¹¹² Neste sentido, ver: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 85-110. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. p. 126-143; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. p. 60-62.

A consequência imediata da adoção do discurso da necessidade preventiva da tutela penal é a legitimação de um Direito penal que não serve como instrumento limitador do poder punitivo estatal e que, paralelamente, renuncia todas as referências ao bem jurídico e demais garantias condizentes com um Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, fica impossível negar que as propostas da utilização do Direito penal como instrumento de prevenção de danos, através da criminalização de riscos, são resultado direto da concepção de que a função da norma penal é a proteção de bens jurídicos. Afinal, como já foi dito, defender que a norma penal protege bens jurídicos, significa atribuir à pena a capacidade de prevenir a ocorrência futura de condutas que danifiquem ou coloquem em risco bens jurídicos. Porém, este juízo de proteção de bens jurídicos através da prevenção que representa a aplicação da pena é completamente falso, e apenas serve para legitimar um Direito penal em completa contrariedade com as premissas democráticas estabelecidas na Constituição.

Como ressaltam ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, “toda debilitação do bem jurídico importa numa paralela deterioração de sua objetividade, o que se agrava até o extremo de, ultrapassando o confisco da vítima, ser ela suprimida, mediante o uso perverso de interesses difusos e dos delitos de perigo comum”¹¹³. E o horizonte traçado pelo Direito penal do risco não deixa dúvidas da necessidade de reafirmação e defesa da concepção de bem jurídico, não podendo se perder de vista que a noção de bem jurídico deve apresentá-lo de modo concreto e ligado ao indivíduo de carne e osso, pois somente deste modo será capaz de se precisar quais condutas causam lesão ou perigo concreto de lesão à relação de disponibilidade que há entre o sujeito e o objeto.

E é dentro deste contexto de reafirmação e defesa da noção concreta de bem jurídico, ligada à Constituição, que se insere a problemática dos crimes de perigo abstrato.

No Brasil, isso é bastante visível. Ao mesmo tempo em que a Constituição da República traz vários bens jurídicos em seu texto, aos quais, obrigatoriamente, a norma penal deve fazer referência, proíbe a criminalização de condutas que não os lesionem ou os coloque em risco. Além do mais, a Carta Maior veda, também, que o

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 229.

Estado se valha de presunções contrárias ao cidadão para lhe aplicar uma pena criminal.

Como se vê, a criminalização de condutas que, teoricamente, trazem risco aos bens jurídicos, através da utilização de tipos de perigo abstrato, encontra na Constituição da República um obstáculo intransponível. Assim, se mostra essencial a abordagem destes obstáculos constitucionais, que, nos dizeres de ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR “excluem violações ou disfuncionalidades grosseiras com os direitos humanos”¹¹⁴.

3.2 RAZÕES DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

3.2.1 A ausência de lesividade ao bem jurídico nos crimes de perigo abstrato.

A racionalidade do poder punitivo, dentro da perspectiva traçada por ZAFFARONI, ALLAGIA e SLOKAR, depende da construção do tipo objetivo de modo a identificar os conflitos que surgem, quando praticada a conduta dele descrita. Por isso, é preciso que o bem jurídico referido no tipo penal seja concreto, e a ação descrita diga respeito a acontecimento que efetivamente lesione ou coloque em perigo o bem jurídico. Assim, caso a conduta não traga estas conseqüências à relação de disponibilidade entre o sujeito e o objeto e, conseqüentemente, não decorra dela nenhum conflito, impossível a intervenção do poder punitivo estatal.¹¹⁵

A Constituição da República é instrumento fundamental na limitação e racionalização do Poder Punitivo Estatal. Isto porque, quando dispõe, no rol de Direitos e Garantias Fundamentais do indivíduo (art. 5º) que “é livre a manifestação do pensamento”(inciso IV), que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de cultos e suas liturgias”(inciso VI), que ninguém será

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 225.

privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”(VIII), que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”(inciso IX) e, finalmente, que “são invioláveis a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”(inciso X), impede a imposição, pelo Estado, de qualquer moral. No âmbito penal, isto significa que é a punição penal só será considerada racional, quando decorra de um conflito gerado pela afetação ou colocação em risco de bem jurídico¹¹⁶.

Claramente, a Constituição da República submete a utilização do Direito penal à demonstração da ofensividade, de modo que o legislador, quando elabora o tipo penal, e o juiz, quando o aplica, devem obediência ao princípio da lesividade.

Desta forma, em razão do princípio da lesividade está veementemente proibida qualquer criminalização de atitudes morais. Ainda que o discurso do poderente, através de métodos retóricos e deturpadores, erigir à categoria de bem jurídico-penal a moral que se pretende impor, tal criminalização será inconstitucional, pois estará claramente violando os preceitos constitucionais acima elencados.

Nesse contexto, as condições existências da pessoa não podem ser criminalizadas. Só se permite a punição por atos externos praticados pelo indivíduo e, mesmo assim, se esta ação afrontar bem jurídico concreto conceituado dentro da perspectiva constitucional.

Outras são as conseqüências da obrigatoriedade do respeito ao princípio da lesividade no âmbito das criminalizações primária e secundária.

Dentro de um Estado Democrático de Direito, fundado com base na Constituição, a liberdade de pensamento é fundamental. Por isso, nos dizeres de BATISTA, “as idéias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir fundamento de um tipo penal, nem mesmo quando se orientem para a prática de um crime”¹¹⁷.

As condutas cujos resultados não ultrapassem o âmbito do próprio autor também não podem ser objeto de criminalização. A intervenção penal só será

¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. p. 483.

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 225-226.

¹¹⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. p. 92.

racional, quando ocorra um conflito de sujeitos. Isto é, só é possível a criminalização de conduta que atinja outrem. Quando a ação fere bem jurídico do próprio executor, ou seja, quando ocorre, por exemplo, a autolesão, a intervenção penal é impossível. Igualmente, atos preparatórios e o conluio entre pessoas não serão punidos, quando não seguidos da execução das condutas¹¹⁸ (manifestação externa da vontade, tendente a uma modificação de um objeto).

Essas conseqüências resultantes do condicionamento da tipicidade da conduta à demonstração da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, evidenciam a completa impossibilidade de adequação dos crimes de perigo abstrato ao princípio da lesividade.

Como já se ressaltou, os crimes de perigo abstrato representam o adiantamento do momento consumativo da ação, a momentos prévios a lesão ou a colocação concreta do bem jurídico em risco. Equivale a afirmar, portanto, que esta modalidade de delito se trata, na verdade, da criação de um perigo de perigo¹¹⁹.

Todavia, os moldes traçados pela adoção, pela Constituição da República, do princípio da lesividade impedem a criminalização de condutas que não lesionem ou coloquem concretamente em risco os bens jurídicos. E a razão para este último aspecto é que necessariamente deve ser auferível, no âmbito concreto do mundo real, o perigo que a ação humana trouxe ao bem jurídico referido na norma penal¹²⁰. A criminalização primária e secundária de condutas cujo risco de lesão à relação de disponibilidade entre o sujeito e o objeto não seja concretizável, evidencia a utilização de um poder punitivo irracional, completamente contrário as premissas que devem, obrigatoriamente, serem seguidas pelo Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, além de autorizar, sob uma ótica exclusivamente do Direito Penal, a punição àqueles que praticam ações que estão muito longe de colocar em risco bens jurídicos, os crimes de perigo abstrato permitem que ocorra a intervenção penal, em razão de ações que representam simples desobediência à norma, o que torna esta modalidade típica muito próxima das correntes que negam importância ao bem jurídico, e concebem como finalidade do Direito penal a simples reafirmação das expectativas normativas dos cidadãos.

¹¹⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. p. 92.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. p. 492.

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. p. 492.

Os crimes de perigo abstrato, ao não desconsiderar a necessidade de demonstração concreta de risco ao bem jurídico, representam uma via de criminalização de condutas que são, na verdade, expressões da liberdade de convicção, da intimidade, das crenças, das atividades filosóficas, artísticas e religiosas. Em outras palavras, a criminalização através de delitos de perigo abstrato permite a imposição de uma moral, através da punição criminal de atos que sejam considerados desobedientes às concepções difundidas pelo Estado e seus aparelhos ideológicos, que idealizam a imagem do ser humano, separando os homens entre cidadãos de bem e os inimigos da sociedade.

Os riscos decorrentes das práticas da sociedade capitalista pós-moderna não são capazes de relativizar a concepção de bem jurídico e sua decorrência constitucional, que é o princípio da lesividade. Afinal, a única idéia de Direito penal compatível com um Estado Democrático de Direito, é aquele que vê na norma penal uma garantia de limitação do poder punitivo estatal, em benefício da proteção do sujeito e dos seus direitos individuais. E as garantias fundamentais devem ser respeitadas pelo Estado em sua integralidade, sendo vedada qualquer prática com base em interpretações relativizadas.

Além do mais, o discurso de que em uma sociedade de risco é preciso utilizar o direito penal como precaução de riscos e danos futuros, funda-se na falsa premissa de que a norma penal é capaz de prevenir condutas delituosas futuras, razão suficiente para refutar qualquer proposta de relativização do princípio da ofensividade no Direito penal.

Como se vê, sob nenhuma perspectiva é possível se defender a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, sendo que defesas da expansão de sua utilização representam um grave risco a própria noção de bem jurídico. E não pode se esquecer que em todos os estados autoritários, a noção de bem jurídico ou foi relativizada, ou foi simplesmente excluída, o que permitiu a utilização do poder punitivo para meros fins de imposição de modos de pensar e se expressar.

3.2.2 A presunção contrária ao cidadão nos crimes de perigo abstrato.

A base dos crimes de perigo abstrato é a presunção uma *juris et de jure* de periculosidade resultante da prática da ação narrada no tipo. Isto é, pune-se criminalmente a conduta, não porque ela traz concretamente perigo ao bem jurídico,

mas sim em razão de uma presunção de que a sua prática trará risco à relação de disponibilidade que há entre o sujeito e o objeto.

Entretanto, não se admitem, no Direito Penal inserido no contexto do Estado Democrático de Direito, presunções *juris et de jure*, que, “por definição, servem para dar por certo o que é falso, ou seja, para considerar que há ofensa quando não há”¹²¹.

Os crimes de perigo abstrato encontram, ainda, obstáculo no princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República. Todavia, para se chegar a tal conclusão, é preciso traçar um raciocínio similar ao desenvolvido por TAVARES, quando este autor trata da questão tipo/antijuridicidade.

De acordo com TAVARES, o princípio da presunção de inocência não alterou somente a interpretação das normas processuais penais, mas também das normas penais. Assim, não se pode considerar a presença do injusto, em razão da prática da conduta descrita no tipo, sem que se faça a análise da ocorrência de alguma das hipóteses que autorizem a ação humana. Conseqüentemente, ainda que se configure o tipo penal, não se pode indiciar ou presumir que a conduta é antijurídica¹²².

O texto constitucional veda a presunção da ocorrência de situação que seja contrária ao indivíduo. A única forma de presunção permitida pelo Direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República é a favorável ao cidadão. É impossível, portanto, a presunção, nos crimes de perigo abstrato, de que a conduta praticada coloca em perigo o bem jurídico.

As próprias garantias processuais do sujeito são atingidas com a presunção *juris et de jure* dos crimes de perigo abstrato. Afinal, ao presumir a lesividade da conduta, a produção de prova em contrário é inadmissível, até porque a mera prática da conduta descrita por esta modalidade de crime já representa, por si só, uma lesão a bem jurídico.

¹²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. p. 492.

¹²² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 166-172.

4. CONCLUSÃO

A expansão, na legislação contemporânea, dos crimes de perigo abstrato, sob o pretexto de que esta modalidade de criminalização é a única capaz de prever a ocorrência de futuros danos que podem atingir toda a humanidade, em uma sociedade de risco, demonstra a vontade do poder punitivo estatal de relativizar ou, até mesmo, minimizar a importância da noção de bem jurídico para o Direito penal.

Diante deste horizonte traçado, é preciso reafirmar a concepção de bem jurídico dentro de um contexto constitucional, pois somente desta forma é capaz de se dar ao bem jurídico uma conceituação concreta, o que, por consequência, limita o poder punitivo estatal, exercido através do Direito penal. A intervenção penal, deste modo, só será autorizada, quando os bens jurídicos sejam colocados em perigo auferível concretamente ou efetivamente lesionados.

Todavia, não se pode atribuir à norma penal a função de proteção subsidiária de bens jurídicos. O Direito penal não tutela bens jurídicos. Tal tarefa é desempenhada por outros ramos do Direito. Além do mais, o discurso de que a criminalização primária de condutas protege bens jurídicos se converter em verdadeira função legitimante do poder punitivo, na medida em que ressuscita o discurso de que o Direito penal é capaz de prevenir condutas futuras, que atinjam ou coloquem em perigo os bens jurídicos. E junto com esta ressurreição vêm também as teorias segundo as quais a criminalidade é resultado direto da impunidade, o que dá vazão para a adoção de políticas de segurança pública discriminatórias, que ignoram os direitos humanos e que usam métodos condizentes com aqueles adotados nos Estados autoritários.

Desse modo, a única concepção de bem jurídico condizente com a idéia de limitação do poder punitivo estatal é a de que ele é a relação de disponibilidade do sujeito com o objeto. Somente assim que será possível a proteção da intervenção estatal ou de terceiros na individualidade do sujeito.

A autorização da intervenção penal somente em casos em que ocorre lesão ou perigo de dano aos bens jurídicos deriva da própria Constituição da República, que, dentre seus direitos fundamentais, prevê a liberdade de crença, pensamento, convicção religiosa, a proteção da intimidade, etc. Essa opção constitucional traduz o princípio da lesividade.

Outro limite constitucional imposto ao Direito penal é a observância da presunção de inocência. Isto significa que não se pode criminalizar condutas cuja lesão ou perigo dela sejam decorrências de presunção feitas pelo legislador.

Porém, nos casos de perigo abstrato, não há demonstração, tanto no âmbito da criminalização primária, quanto no da criminalização secundária, da ocorrência do perigo ao bem jurídico. Inexiste, desta forma, lesividade da conduta, razão pela qual tal modalidade de crime é inconstitucional.

Os crimes de perigo abstrato representam, por outro lado, verdadeira e inconstitucional presunção contrária ao indivíduo, na medida em que se pune conduta sem que dela se exija a ocorrência efetiva de resultado de perigo efetivo, mas, tão somente, em razão da presunção que sua prática traz risco a determinado bem jurídico.

O Direito penal só faz sentido em um Estado Democrático de Direito, porque só nele que deve se restringir ao máximo possível a incidência da norma penal. Neste contexto, deve-se refutar os crimes de perigo abstrato, não somente pela sua flagrante inconstitucionalidade, mas em razão da possibilidade que dão para expansão sem limites do poder punitivo estatal, a ponto de atingir, como em Estados autoritários, a pessoa pelo que ela é e por suas convicção, e não pelos seus atos e pelo dano ou perigo de dano que sua prática traz aos bens jurídicos, concebidos dentro de um contexto constitucional.

E ainda que o Direito penal tenha se mostrado falido em todas as suas finalidades, e sua permanência seja resultado mais da impossibilidade de substituição por algo melhor, a única forma de se buscar a sua supressão é através da garantia ao sujeito e a limitação extrema do poder punitivo estatal.

BIBLIOGRAFIA

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado (notas para uma investigação)**. In: ZIZEK, Slavoj. Um mapa da ideologia. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto. 2001.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: parte general**. 2ªed. Buenos Aires: Hammurabi. 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan. 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Rideel. 2003

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência**. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. 2ª ed. Curitiba/Rio de Janeiro: ICPC/ Lumen Juris. 2006.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 2ª ed. Curitiba/Rio de Janeiro: ICPC/ Lumen Juris. 2007

DIAS, Jorge de Figueredo. **Direito penal**: parte geral. Questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Tomo I. Coimbra: Coimbra. 2004.

GRECO, Luís: **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato**: uma introdução sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais nº. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

JAKOBS, Günter. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos y teoría de La imputación. Tradução: Joaquim Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gozalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons. 1997

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. Tradução: José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares. 1994.

MAURACH, Reinhart, ZIPF, heinz. **Derecho penal**: parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Tradução: Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Alfredo y Ricardo Depalma. 1994.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 3ª ed. Barcelona: PPU.

MONTAÑEZ, Teresa Rodríguez. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores. 2004

MUÑOZ CONDE, Francisco, ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal** :parte general. 3ª ed. Valência: Tirant lo Blanch. 1998.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2ª ed. Tradução: Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi. 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Fundamentos, la estructura da La teoría del delito. Tomo I. 2ª ed. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas. 2007.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª ed. Tradução Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan. 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Criminologia: aproximación desde un margen**. Bogotá: Temis. 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan. 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALLAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001.