

Há alguns meses, o ilustre Professor Gamil Föppel abordou-me e revelou a ideia de organizar uma obra coletiva em homenagem ao juiz Tourinho Neto, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em razão da sua aposentadoria, honrando-me com o convite para juntos levarmos adiante tal propósito. Aderi prontamente. Minha afinidade com o homenageado transcende os laços de parentesco e alcança o campo dos pensamentos, das ideias, das convicções, embora nossas personalidades sejam diferentes: o juiz Tourinho Neto é impulsivo, arrebatado – polêmico, como dizem alguns; eu, mais comedido – marca indelével da minha mineiridade –, mas não menos intransigente na defesa dos direitos e garantias constitucionais – e aqueles que bem me conhecem o sabem.

A homenagem é justíssima: o juiz Tourinho Neto construiu uma carreira sólida, coerente, exemplo para os juízes de hoje e do amanhã. Corajoso e independente, inteligente, estudioso e extremamente dedicado ao trabalho, abraçou com amor e vocação a causa da Justiça. Seu pensamento está registrado em inúmeros votos, artigos, discursos, marcados pela promoção da cidadania e consolidação do Estado Democrático de Direito. Inspirava-se – e inspira-se – em Rui Barbosa, o apóstolo do Direito, da Justiça, da liberdade e da democracia.

Assim como Rui, tem a Constituição como sua principal arma, na luta contra o arbítrio e os excessos do poder. Defende uma Justiça célere, eficaz, que proteja o cidadão das transgressões aos seus direitos. Defende a necessidade de um juiz independente, não um simples aplicador da lei, mas alguém capaz de entender os conflitos sociais, conectado com a realidade, com bom senso e aptidão para julgar com Justiça, que utilize seu poder em benefício do homem, do povo, e não para demonstração de força ou de prestígio. Afinal, as leis são feitas para a vida e não o contrário. Preocupado com a causa indígena, e com a necessidade de se manter sua cultura, foi um dos primeiros a afirmar o princípio da posse indígena imemorial – segundo o qual a posse indígena não é regulada pelo Código Civil e sim pela Constituição –, em voto proferido no caso dos Pataxós do sul da Bahia. Sensível à situação dos sem-terra e dos oprimidos, chegou a proferir palestra em estádio de futebol, em Brasília, para milhares de pessoas, em evento promovido por movimento social.

Antonio Oswaldo Scarpa

Juiz Federal. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Professor de Direito Penal do Centro Universitário Jorge Amado – UNIJORGE. Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP



 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

10
anos

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

10
anos

Temas de Direito Penal e Processual Penal

ORGANIZADORES
ANTONIO OSWALDO SCARPA
GAMIL FÖPPEL EL HIRECHE

Temas de Direito Penal e Processual Penal

Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto

ORGANIZADORES

ANTONIO OSWALDO SCARPA
GAMIL FÖPPEL EL HIRECHE

AUTORES

Adhemar Ferreira Maciel
Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
Alexandre Moraes da Rosa
Alicia Bianchini
Antonio Carlos Bigorinha
Antonio Oswaldo Scarpa
Arx Tourinho
Assusete Magalhães
Cândido Ribeiro
Carlos Mário da Silva Velloso
César Farfa
Cláudia da Costa Tourinho Scarpa
Diogo Malan
Edmundo Oliveira
Fabiano Pimentel
Fábio Guedes de Paula Machado
Fauzi Hassan Choukr
Fernanda O. da Costa Tourinho
Fernando Gonçalves
Fernando Santana
Fernando Tourinho Filho

Gabriel Dalla Favera de Oliveira
Gabriel Tedesco Wedy
Gamil Föppel El Hireche
Geraldo Prado
Hilton Queiroz
Iran Esmeraldo Leite
Ivan Luiz da Silva
Miguel Tedesco Wedy
João Paulo Pirôpo de Abreu
José de Castro Meira
José Lázaro Alfredo Guimarães
Juarez Cirino Dos Santos
Jufiana Pinheiro Damasceno e Santos
Leonardo Costa de Paula
Lillian da Costa Tourinho
Lourival Almeida Trindade
Luis Gustavo Grandinetti Castanhó de Carvalho
Luiz Flávio Gomes
Marcelo Leonardo
Marcus Vinicius Reis Bastos
Maria Auxiliadora Minahim
Nilza Reis
Olinde Menezes
Paulo Queiroz
René Ariel Dotti
Reynaldo Soares da Fonseca
Roberto Carvalho Veloso
Roberto de Almeida Borges Gomes
Rômulo De Andrade Moreira
Rosberg de Souza Crozara
Salomão Viana
Sebastião Borges de Albuquerque Mello
Selma Pereira de Santana
Tiago da Costa Tourinho Scarpa
Tiago Ivo Odon

SUMÁRIO

Apresentação por Antonio Oswaldo Scarpa.....	23
Apresentação por Gamil Föppel El Hireche.....	27

PARTE I ARTIGOS

1. JÚRI POPULAR: ASCENSÃO E DECLÍNIO. RELEVÂNCIA NA FORMAÇÃO DO GOVERNO REPRESENTATIVO	35
<i>Ademar Ferreira Maciel</i>	
2. TRATAMENTO EXTRA-HOSPITALAR: POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO EM CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO	51
<i>Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado</i>	
1. Introdução	51
2. A pessoa portadora de doença mental e seu tratamento ao longo da história do Direito Penal.....	52
2.1. Do livre-arbítrio à periculosidade.....	54
2.2. Sobre o sistema vicariante e a análise da periculosidade.....	58
3. A internação como regra: necessidade de revisão da legislação penal brasileira.....	61
3.1. Tratamento extra-hospitalar: possibilidade de adoção em crimes punidos com reclusão	66
3.1.1. Posicionamento dos Tribunais: TJ/BA, TRF1, STJ e STF.....	69
3.1.2. A execução da medida de segurança em liberdade: sobre o PAI-PJ e o PAILI.....	74
4. Considerações finais	77
3. O LUGAR DO JUIZ NA DEMOCRACIA. LEITURA GARANTISTA.....	81
<i>Alexandre Moraes da Rosa</i>	
4. O RÉCEBIMENTO DA DENÚNCIA OU DA QUEIXA-CRIME SEGUNDO A LEI N. 11.719/08	91
<i>Antonio Oswaldo Scarpa</i>	
5. PRISÃO PREVENTIVA E “JUIZITE”	105
<i>Arx Tourinho</i>	



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

Diagramação: Maurício Amaral (mauricioamaral@live.com)

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

39. O JUIZ PENAL, A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	519
<i>Rosberg de Souza Crozara</i>	
1. A função contramajoritária dos direitos fundamentais: o papel do estado de inocência na função de tutela da liberdade.....	519
2. O direito fundamental do estado de inocência: o juiz penal e a proteção do estado constitucional da inocência.....	523
3. Considerações finais.....	526
4. Referências Bibliográficas.....	527
40. PROCESSO E PROCEDIMENTO: METAMORFOSES E "FEED BACK"	529
<i>Salomão Viana</i>	
1. Consideração introdutória.....	529
2. Necessidade de distinguir processo de procedimento.....	530
3. Capacidade mutacional do processo.....	530
4. Faces intrínseca (relação jurídica) e extrínseca (procedimento) do processo.....	531
4.1 Face intrínseca do processo: a relação jurídica.....	532
4.2 Face extrínseca do processo: o procedimento.....	533
4.3 Retroalimentação entre as faces intrínseca e extrínseca do processo.....	534
4.4 Faces intrínseca e extrínseca do processo e exegese dos enunciados dos arts. 22, I, e 24, XI, e seus §§, da CF.....	535
5. Processo, relação jurídica, procedimento, vida e Tourinho Neto.....	535
41. ARTIGO 350 DO CÓDIGO PENAL. REVOGAÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE	539
<i>Sebastião Borges de Albuquerque Mello</i>	
1. Introdução.....	539
2. Artigo 350 e a revogação do <i>caput</i> e dos incisos II e III de seu parágrafo único... ..	540
3. As interpretações sobre a extensão da revogação do art. 350.....	541
4. Não recepção do art. 350, parágrafo único, inciso IV. Violação ao princípio da Lei certa.....	544
5. Conclusão.....	546
6. Referências Bibliográficas.....	546
42. UMA CRÍTICA AO GARANTISMO PENAL NO BRASIL: A HIPOSSUFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO AOS BENS JURÍDICOS SUPRA-INDIVIDUAIS.....	549
<i>Selma Pereira de Santana</i>	
1. Introdução.....	549

2. Contexto histórico para o surgimento do garantismo penal.....	550
3. Aportes teóricos acerca da teoria garantista.....	552
4. O garantismo penal à brasileira.....	554
5. A hipossuficiência da proteção aos bens jurídicos supra-individuais: alguns fragmentos do discurso de resistência.....	561
5.1 A (im)possibilidade de o Ministério Público realizar procedimentos investigatórios.....	561
5.2 A suspensão da pretensão punitiva do Estado e a extinção de punibilidade para os crimes de natureza tributária	563
6. Conclusões.....	567
7. Referências Bibliográficas.....	568
43. A FORÇA DO DIREITO PENAL NO BRASIL.....	571
<i>Tiago Ivo Odon</i>	
1. Introdução.....	571
2. O direito penal no Império.....	572
3. O "ordenamento" jurídico caótico nos primeiros anos do Brasil.....	575
4. Considerações finais.....	582
5. Referências Bibliográficas.....	583
44. A IRRELEVÂNCIA CONCEITUAL DO INTERESSE DIFUSO OU DO "BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL" PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	585
<i>Juliana Pinheiro Damasceno e Santos</i>	
1. Introdução.....	585
2. A extensão da tutela penal a "novos" núcleos valorativos na contemporaneidade.....	587
3. A irrelevância do conceito de interesse difuso para o Direito Penal.....	591
4. A ideia do bem público.....	596
5. Caráter público do Direito Penal.....	597
6. Um pouco da casuística do Supremo Tribunal Federal	600
6.1 Crimes de perigo	600
6.2 Princípio da insignificância	602
7. O tema no Superior Tribunal de Justiça	606
8. A jurisprudência no Tribunal Regional Federal da Primeira Região.....	608
9. Conclusão	611
10. Referências	613

- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.
- KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira (1841-1920)*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. Introdução. In: ____ (org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império: 1828-1889*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11-18.
- MALHEIRO, Perdígão. *A escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social*. V.1. 3 ed. Petrópolis: Vozes; Brasília, INL, 1976.
- NADÉR, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2000.
- ODON, Tiago Ivo. Sociabilidade autoritária: direito penal e imaginário social no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 191, p. 325-344, jul./set. 2011.
- PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acessos em 2010 e 2011.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 1. V. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SLEMIAN, Andréa. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841). In: LOPES, José Reinaldo de Lima (org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império: 1828-1889*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19-62.
- SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.
- URUGUAI, Visconde do. *Paulino José Soares de Sousa, Visconde do Uruguai*. São Paulo: Ed. 34, 2002.
- VASCONCELOS, Bernardo Pereira. *Bernardo Pereira de Vasconcelos*. São Paulo: Ed. 34, 1999.
- VELLASCO, Ivan de Andrade. *As seduções da ordem: violência, criminalidade e administração da justiça: Minas Gerais, século 19*. São Paulo: Edusc, Anpocs, 2004.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*. V.1. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.
- ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

44.

A IRRELEVÂNCIA CONCEITUAL DO INTERESSE DIFUSO OU DO “BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL” PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Juliana Pinheiro Damasceno e Santos¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A extensão da tutela penal a “novos” núcleos valorativos na contemporaneidade. 3. A irrelevância do conceito de interesse difuso para o Direito Penal. 4. A ideia do bem público. 5. Caráter público do Direito Penal. 6. Um pouco da casuística do Supremo Tribunal Federal. 6.1 Crimes de perigo. 6.2 Princípio da insignificância. 7. O tema no Superior Tribunal de Justiça. 8. A jurisprudência no Tribunal Regional Federal da Primeira Região. 9. Conclusão. 10. Referências

1. INTRODUÇÃO

Toda a organização do Direito está comprometida eminentemente com a tarefa de proteção de bens jurídicos. O Direito Penal tem por missão precípua a tutela mais enfática dos bens jurídicos. A função eminentemente protetora, todavia “corresponde tan solo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho”²

Em virtude do seu caráter subsidiário, a intervenção penal revela-se, segundo a preleção de Francisco de Assis Toledo, como *ultima ratio*:

[...] onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Não, além disso.³

- 1 Professora Assistente de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. É advogada criminalista e mestra em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação stricto sensu da Universidade Federal da Bahia-UFBA. É Pós-graduada em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia e Pós-graduada em Direito do Estado (bolsista) pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Possui graduação em Direito, com láurea acadêmica, pela Universidade Federal da Bahia.
- 2 MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal*. Parte general. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 80.
- 3 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13-14.

Francisco Muñoz Conde ressalta que, originariamente, o conceito de bem jurídico⁴ aparece mais como limite do que como legitimação da intervenção penal, lembrando, ainda, a lição de Claus Roxin, quando alude que a proteção de bens jurídicos não significa necessariamente a proteção via Direito Penal, mas proteção diante e antes do Direito Penal.⁵

O bem jurídico penal desempenha, portanto, uma ideia essencial em um Estado Democrático de Direito, pois, ao tempo em que determina os limites do *ius puniendi* do Estado, delimitando a intervenção penal, modernamente serve à sua legitimação. Ressalte-se, ainda, que a pauta de valores que irá informar essa proteção penal deve estar em harmonia com a ordem axiológica constitucional.

Nos últimos anos, o legislador penal brasileiro foi desafiado a realizar a proteção de núcleos valorativos, desconhecidos, desimportantes ou silenciados, em um modelo normativo de feição liberal-individualista.

O objeto da proteção penal assume maior importância perante a dogmática penal, repercutindo, inclusive, na própria evolução do conceito de bem jurídico, cuja noção tradicional estava adstrita à noção de direito subjetivo e, portanto, à consideração do indivíduo abstrata e singularmente considerado.

Na realidade, o alargamento do espectro penal para criar novos conteúdos para os tipos penais foi feito a partir de uma conveniência de política legislativa. Regulam-se interesses, como o âmbito econômico, financeiro, consumeirista, previdenciário ou o meio ambiente, cuja disciplina por outras esferas de controle social ou de outros ramos do direito passou a ser, por si só, insuficiente para realizar a proteção pretendida. A eleição entre essa específica forma de controle jurídico é uma decisão político-criminal.

As novas modalidades delinqüenciais desenham-se com contornos próprios, que se distanciam da criminalidade tradicional, afeta aquele conhecido Direito Penal de “sangue e lágrimas”, refletor de toda a dramaticidade da vida.

A expansão da tutela jurídicopenal de interesses de matriz individual para alcançar, por exemplo, a integridade da ordem-econômica, a confiança no sistema financeiro nacional, a “subsistência financeira da Previdência social”⁶

4 Refoge ao objetivo do presente trabalho discorrer sobre a evolução conceitual do bem jurídico. A respeito do tema remete-se o leitor a outro trabalho da autora: SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno e. *Fundamentos criminológicos e repercussões dogmáticas da proteção jurídica da ordem econômica nas bases do direito penal liberal: uma análise à luz dos crimes de colarinho branco*. 2008. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador - Bahia, 2008.

5 MUÑOZ CONDE, Francisco. O moderno direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2, fasc. 4, p. 40, 1997.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 102550, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, DJe-212 DIVULG 07-11-2011 PUBLIC 08-11-2011 EMENT VOL-02621-01 PP-00041.

A irrelevância conceitual do interesse difuso ou do “bem jurídico supraindividual” para...

deflagrou o início de uma ruptura paradigmática no Direito Penal, ainda não inteiramente consolidada.

Um dos temas de destaque na dogmática penal contemporânea é, por exemplo, certa superação dos delitos de lesão e o socorro, cada vez mais frequente, às técnicas dos crimes de perigo, notadamente ao abstrato.

A propósito desse alargamento no espectro da proteção penal a “novos” núcleos valorativos, alguns tratadistas nacionais e estrangeiros, recentemente, bastante entusiasmados, passaram a discorrer sobre uma “tutela penal de direitos difusos”⁷ e a defender, até mesmo, a existência de um “Direito Penal supraindividual”⁸.

Os denominados “bens jurídicos supraindividuais” e a categoria dos “interesses difusos” figuram, com frequência significativa, em diversos precedentes dos tribunais pátrios, inclusive, do Supremo Tribunal Federal, para justificar uma tutela penal mais enfática de determinadas zonas de incriminação e justificar, nesse sentido, um maior rigor punitivo para as condutas que vulneram ou hostilizam, ainda que de forma insignificante, tais bens jurídicos, como se verá adiante.

O objetivo do presente artigo é demonstrar, a partir de ampla casuística de decisões colhidas dos tribunais pátrios e de análise de posições doutrinárias, que não se justifica autonomizar a categoria dos “bens jurídicos supraindividuais” ou dos “interesses difusos”.

2. A EXTENSÃO DA TUTELA PENAL A “NOVOS” NÚCLEOS VALORATIVOS NA CONTEMPORANEIDADE

Como não se ignora, há inúmeras classificações doutrinárias e grandes esforços teóricos para distinguir os referidos bens jurídicos a partir de uma variedade de terminologias tais como, supra-individuais⁹, “metaindividuais”,

7 Veja-se, por exemplo, FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho-branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público - uma nova investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; MOURA, José Souto de. *A tutela penal dos interesses difusos*. Brasília: Núcleo de Estudos Ambientais do Ministério da Justiça, 1993; BRAVO, Jorge dos Reis. *A tutela penal dos interesses difusos: a relevância criminal na proteção do ambiente, do consumo e do patrimônio cultural*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997 e MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor, 1998. p. 135

8 Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: RT, 2003. (Ciência do direito penal contemporânea, v. 3.)

9 Renato de Mello Jorge Silveira assevera que: “A doutrina brasileira, sob influência italiana, é verdade, tem tido por correta a nomenclatura ‘interesses difusos’ sem maiores críticas. Ao revés, toma os bens supraindividuais e difusos, senão por sinônimos, como complementares dos ‘interesses coletivos’. Ainda que se prefira a denominação ‘supra-individual’ por imposição da própria lei nacional, é de se ter todos como sendo o mesmo, ao menos em sentido amplo. A distinção realizada quanto às pessoas, determi-

“transindividuais”, “pluriindividuais”, “comunitários”, “sociais”, “transpessoais”, “difusos”, “universais”, “de sujeitos múltiplos”. Por razões de ordem prática, as expressões serão tomadas, aqui, por equivalentes adotando-se uma concepção mais lata.

O desenvolvimento dos novos âmbitos problemáticos do Direito Penal, nascidos da necessidade indeclinável de proteção reforçada dos novos núcleos valorativos, trouxe algumas “encruzilhadas teóricas”, como se verificará adiante.¹⁰

Para Jorge de Figueiredo Dias, os crimes do Direito Penal clássico – por ele intitulado *Direito Penal de Justiça* – estão relacionados, direta ou indiretamente, com a ordenação jurídico-constitucional alusiva aos *direitos, liberdades e garantías das pessoas*, enquanto os crimes do *Direito Penal secundário*, notadamente aqueles do Direito Penal econômico, dizem respeito essencialmente à ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos sociais e à organização econômica*. Nesse sentido, aponta duas zonas relativamente autônomas na atividade tutelar do Estado: “uma que visa proteger a esfera de actuação especificamente *peçoal* (embora não necessariamente ‘*individual*’) do homem: do homem ‘*com este homem*’; a outra que visa proteger a sua esfera de actuação social: do homem ‘*como membro da comunidade*’”.¹¹

Na linha de intelecção de Bustos Ramírez, “resulta innegable el surgimiento de entidades nuevas de protección del Derecho Penal, cualquiera sea el nombre con el cual se les quiera designar. Su particularidad residiría en que acentúan el carácter masivo y universal”.¹²

Bustos Ramírez, ao caracterizar os bens jurídicos no âmbito do Direito Penal econômico, anota que, justamente por estarem referidos à coletividade, estão em situação de ser afetados de modo amplo e constante. Possuem caráter macrossocial, ou seja, movem-se no âmbito do funcionamento do sistema. O autor esclarece que o Estado moderno, ao preocupar-se em proteger a pessoa, deve fazê-lo não apenas a partir da assunção de deveres negativos (não matar, não lesionar, etc.), mas também, e especialmente, por meio de deveres positivos, promovendo condições ensejadoras do máximo desenvolvimento da pessoa.

nadas ou indeterminadas, de um certo grupo perderá a razão de ser ao se tomar a necessidade de que, mesmo dentro de uma massa indistinta de pessoas, alguns agentes tenham de ser identificados para poder-se configurar uma lesão ou, ao menos, um prognóstico de lesão a um bem penalmente protegido” (*Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003. p. 59).

10 Expressão de Aftalión. Cf. AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho penal económico* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959, p. 15.

11 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I, p. 121.

12 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos (repercusiones de labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 193). *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, fasc. 11, p. 161, jun. 1986.

Para Bustos Ramírez, então, os bens jurídicos coletivos relacionam-se teleologicamente com os que constituem sua base de existência, concluindo que os bens jurídicos macrossociais estão a serviço dos bens jurídicos microssociais.¹³

A característica do bem jurídico universal reside, segundo Figueiredo Dias, “em que ele deve poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva poder ficar excluído desse gozo: nesta possibilidade de gozo reside o interesse individual na integridade do bem jurídico coletivo”.¹⁴

Santiago Mir Puig, comentando o *jus positum* espanhol, escreve que as transformações experimentadas pelo capitalismo e o modelo de Estado foram determinando ou exigindo certas mudanças nos bens jurídicos do Direito Penal, aduzindo que

[...] en la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho Penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material – lo que se llaman los intereses difusos.¹⁵

No mesmo sentido, preleciona Jorge de Figueiredo Dias: que, “[...] ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e ao mesmo nível de exigência tutelar autônoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, comunitários, universais, colectivos, ou como quer que prefiramos exprimir-nos a propósito”.¹⁶

Igualmente, Margarida Silva Pereira expressa: “Os bens jurídicos colectivos têm legitimidade dogmática, carta de cidadania no Direito Penal”.¹⁷

José de Faria Costa ensina ser a *ordenação dominial* merecedora de dois níveis de tutela penal: o primeiro traduz-se no clássico Direito Penal patrimonial, atrelado ao indivíduo e ao gozo da utilidade de bens; o segundo refere-se ao Direito Penal econômico, de matriz supra-individual, determinado por uma agudização da sensibilidade e da densificação da consciência ético-jurídica.¹⁸

Segundo entende, tal divisão, além de corresponder a uma específica realidade, tem outros valores heurísticos: sustenta a separação formal presente em muitas legislações – entre as quais está a portuguesa – entre o Direito

13 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Perspectivas atuais do direito penal econômico. Tradução de Marília Machado e Odone Sanguiné. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, abr.-jun. 1991, p. 5-8.

14 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 150.

15 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor, 1998. p. 135.

16 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 149.

17 PEREIRA apud Idem, *ibidem*, p. 149.

18 COSTA, José de Faria. *Direito penal económico*. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 41-43.

Penal patrimonial inserido no Código Penal e o Direito Penal econômico em legislação avulsa, na zona do chamado Direito Penal secundário ou acessório (*Nebenstrafrecht*). No primeiro caso, reconhece certo *efeito simbólico de legitimidade*, perante a consciência coletiva, quando a matéria é veiculada pelo Código Penal, que resta deficitário na área incriminadora do Direito Penal econômico.¹⁹

José de Faria Costa recusa “uma ilegítima restrição da noção de bens jurídicos penais a interesses puramente individuais e ao seu encabeçamento em pessoas singulares, e aceitando antes a plena legitimidade da existência de bens jurídicos transpessoais, coletivos, comunitários ou sociais”.²⁰ Na linha de entendimento do referido tratadista, o Direito Penal econômico está direcionado, sobretudo, à proteção de bens jurídicos “supraindividuais.

A dificuldade em traçar contornos conceituais precisos ao que se convencionou denominar de bens jurídicos penais difusos ou supraindividuais, sua natural vagueza²¹ e, até mesmo, certa impossibilidade de distinção ontológica entre estes e a categoria do interesse público- que inspira qualquer criminalização-, sinalizam a fragilidade das construções teóricas e a inutilidade da categoria no contexto normativo do Direito Penal pátrio.

O Direito Penal pátrio justifica-se, como não poderia deixar de ser, pelo interesse público que anima a proteção de valores elementares à vida comunitária, que, em última análise, servem à tutela de direitos subjetivos.

Na ordem axiológico-constitucional pátria, cultua-se a “dignidade da pessoa humana” (artigo 1.º, III) entre suas diretrizes, como fundamento do Estado Democrático de Direito instituído com a Constituição Federal da República de 1988. Quer-se demonstrar a ideia de que, ao fim e ao cabo, toda a proteção jurídica pretendida pelo Direito Penal repousa na valorização da existência humana, isto é, está referenciada pelo indivíduo enquanto destinatário da sua normatividade (*Hominum causa omne jus constitutum*).²² Inclusive, esse referencial individual ou pessoal não é perdido quando se quer salvaguardar, via criminalização, os *interesses públicos ou gerais*.

Até porque a lesão a tais interesses é, também, experimentada subjetivamente (veja-se, por exemplo, as catástrofes ecológicas e as crises econômico-

A irrelevância conceitual do interesse difuso ou do “bem jurídico supraindividual” para...

financeiras). Para além do interesse individual,²³ há uma violação aos interesses gerais da comunidade. A violação é, igualmente, transcendente.

3. A IRRELEVÂNCIA DO CONCEITO DE INTERESSE DIFUSO PARA O DIREITO PENAL

No âmbito civil, a problemática dos interesses difusos desafiou a dogmática processual tradicional²⁴ construída para dar conta de conflitos de feição nitidamente individual. Antônio Gidi menciona a questão tormentosa em derredor da legitimação coletiva e a incompatibilidade dos direitos de grupo com a tradição do com os dogmas tradicionais da ciência processual:

Ha sido muy difícil asimilar el nuevo concepto de una demanda colectiva en los dogmas tradicionales de la ciencia jurídica procesal establecidos por los juristas. Para que los tribunales puedan proteger derechos de grupo, los sistemas de derecho civil (*civil law systems*) deben abandonar los principios ortodoxos e individualistas del procedimiento civil, los cuales tradicionalmente han demandado la existencia de un interés personal y directo en el resultado del litigio, y que por esto no han permitido la representación de un grupo de personas.²⁵

Na mesma esteira, Márcio Flávio Mafra Leal aponta a dificuldade de responder às violações aos direitos difusos com os instrumentos tradicionais do processo civil e ensina:

Os novos direitos materiais aludidos são os chamados direitos difusos, que não são, na maior parte das vezes, postuláveis a título individual. Daí a necessidade da estrutura representativa da ação coletiva que possibilite ao Estado apreciar e julgar os direitos de indivíduos enquanto integrantes de um segmento social, sistematicamente lesados por estruturas opressoras e flagrantemente injustas, de difícil combate com os instrumentos tradicionais do processo civil (v.g., práticas racistas, práticas empresariais que degradam o ambiente, ou que violam direito dos consumidores, proliferação de publicidades e estruturas de *marketing* enganosas).²⁶

19 COSTA, José de Faria. *Direito penal econômico*, cit., p. 41-43.

20 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais...*, cit., p. 74.

21 Criticando a forma especialmente vaga como são formulados esses bens, Hassemer diz: “Os bens jurídicos compreendidos nesse âmbito são tão gerais que não deixam nenhum desejo sem satisfazer” (*Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado*, Barcelona, fasc. 1, p. 32, sept.-dic. 1991).

22 Todo o direito é constituído para os homens; o homem é a causa final do direito. Cf. FILARDI, Antonio Luiz. *Dicionário de expressões latinas*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 134.

23 Vejam-se, a propósito, as observações de André Luís Callegari: “quando se defrauda a previdência, o Fisco, etc., o Estado se fragiliza e passa a não prestar um bom serviço. É evidente que tais consequências têm repercussão na vida e na integridade física das pessoas, porém, não de maneira direta como na comissão da maioria dos delitos tradicionais em que a repercussão aparece, normalmente, em seguida” (A importância e efeito da delinquência econômica. *Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, fasc. 101, p. 10-11, abr. 2001).

24 Nesse sentido, também, Ada Pellegrini Grinover, para quem: “a tutela jurisdicional dos interesses difusos exige uma superação do modelo tradicional do processo, com a adoção de novas técnicas que permitam a proteção adequada dos interesses metaindividuais” (*A problemática dos interesses difusos: a tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 36).

25 GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Traducción de Lucio Cabrera Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2004. p. 69. (Serie Doctrina jurídica, n. 151.)

26 LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas...*, cit., p. 33.

Nelson Nery Junior, Edis Milaré e Camargo Ferraz, apesar de reconhecerem que os interesses difusos ou coletivos sempre existiram, desde que o homem vive em sociedade, sendo-lhe conaturais, explicam que a sociedade moderna colocou-os em maior evidência. Rememoram os autores a dificuldade de apreensão do verdadeiro significado desse instituto jurídico e, por conseguinte, de sua delimitação conceitual, ainda em processo de elaboração.²⁷

Para os autores, sua nota característica está na titularidade ativa: "não tem ele por titular uma só pessoa, nem mesmo um grupo bem determinado de pessoas". Sob o enfoque da "pessoa", propõem uma conceituação "mais preocupada com a simplicidade do que com a precisão". Assim, o interesse difuso é "aquele concernente a todo o grupo social, a toda a coletividade, ou a uma parcela significativa desta". Sob o ângulo do "objeto", esclarecem que o vínculo se estabelece entre o grupo social, ou parte dele, e um bem público ou coletivo, isto é, o interesse difuso é "aquele que tem por objeto um bem necessário para toda a coletividade, ou para uma parcela significativa desta".²⁸

A questão central do interesse difuso, como já reconhecido na doutrina e no direito positivo, é a indeterminação dos sujeitos que o titularizam. Todos se beneficiam com a sua proteção e gozo e, da mesma forma, são indistintamente prejudicados com sua violação.

Esposando tal entendimento, Álvaro Luiz Valery Mirra diz que o objeto desse direito ou interesse é indivisível, haja vista que "sua proteção beneficia a todos os indivíduos da sociedade, da mesma forma que sua lesão prejudica igualmente todos os seus titulares indistintamente".²⁹

Luís Felipe Colaço Antunes, por sua vez, apresenta o interesse difuso como "o interesse, juridicamente reconhecido, de uma pluralidade indeterminada ou indeterminável que, potencialmente, pode incluir todos os participantes da comunidade geral de referência".³⁰

Na sistemática do direito positivo brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.1990), apesar de não ser livro de doutrina³¹,

27 FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JUNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 54.

28 Idem, ibidem, p. 54.

29 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 115.

30 ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 20-21.

31 Ao comentar o artigo 3.º (Objeto da tutela coletiva) do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, Márcio Flávio Mafrá Leal expressou sobre as conceituações legais a opinião de que: "Estes

A irrelevância conceitual do interesse difuso ou do "bem jurídico supraindividual" para...

trouxe definições de três tipos de "direitos de grupo" (*class claims*): difusos, coletivos e individuais homogêneos, correspondentes a modalidades distintas de ações coletivas, com algumas diferenças procedimentais.

Ao incorporar o conceito de transindividualidade, o legislador brasileiro demonstrou a necessidade de apresentar, como ensina Antônio Gidi, "la existencia de una nueva categoría de derechos positivos para evitar errores de interpretación por parte de los tribunales y juristas más conservadores, que de otro modo podrían malinterpretar la ley".³²

Conforme preceitua seu artigo 81, os *interesses ou direitos difusos* são "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato" (artigo 81, I). Os *interesses ou direitos coletivos* são "os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base" (artigo 81, II) e os *interesses ou direitos individuais homogêneos* são aqueles "decorrentes de origem comum" (artigo 81, III).

Contextualizando a temática na esfera processual civil, Márcio Flávio Mafrá Leal assevera que não há razão para a lei definir o que seja interesse difuso, coletivo, ou individual homogêneo porque eles são decorrência das regras de funcionamento da sentença (ou do pedido) e não sua condição. Reconhece, ainda, que "os direitos difusos (art. 3, I) são, por definição, de titularidade não individual ou indeterminada. A um indivíduo isoladamente, falta-lhe legitimidade ativa". No seu sentir, disso decorre a necessidade de um legitimado ativo para encaminhar a demanda, caracterizadora do processo coletivo como objetivo, visto que a ação popular, por óbvio, não é ajuizada com base em interesse próprio.³³

Verifica-se a especial importância no tratamento processual da matéria, notadamente nas questões da legitimidade ativa para tutela jurisdicional e da

deveriam permanecer nos livros e artigos dos comentadores e não constar como norma jurídica. Não que os conceitos não sejam úteis ou corretos, apenas não deveriam ser positivados, pois para se propor uma ação coletiva bastaria definir legalmente quem são os legitimados e as regras para extensão ou dimensão dos comandos da sentença. Não há razão para definir em lei o que seja interesse difuso, coletivo e individual homogêneo, pois eles são decorrência das regras do funcionamento da sentença coletiva (ou pedido) e não sua condição. Ainda que o domínio conceitual das espécies de interesse já não seja o nó górdio para a práxis, a verdade é que há uma discussão pouco útil sobre essas definições ao longo do processo e é frequente haver julgados onde tais expressões ou são manipuladas para não se conhecer da tutela coletiva ou a elas simplesmente adicionam-se significados inadequados, como 'interesse indisponível', 'interesse puramente individual' ou 'privado', que embaralham a discussão num emaranhado prolixo e estéril" (Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos..., cit., p. 76).

32 GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas...*, cit., p. 54.

33 LEAL, Márcio Flávio Mafrá. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 76.

formação da coisa julgada.³⁴ Portanto, a funcionalidade do conceito de direito difuso diz respeito, sob a ótica processual, principalmente à sua legitimação extraordinária. Tais interesses não são individualmente judicializáveis por serem indivisíveis.

Para dilucidar qualquer dúvida ou entredúvida a respeito, preleciona Antonio Gidi:

El derecho es indivisible puesto que no puede ser dividido en pretensiones individuales independientes. Esto significa que es imposible que el derecho se divida en partes atribuidas a cada uno de los miembros del grupo. Los intereses de los miembros están tan íntimamente relacionados que si se satisface a un miembro del grupo, ello implica la satisfacción de las pretensiones de todos ellos, y cuando los derechos de uno de los miembros son violados, ello implica la violación de los derechos de todo grupo. Por lo tanto, cuando el derecho es indivisible no es posible limitar la protección legal a miembros específicos del grupo.³⁵

Teori Albino Zavascki assevera que os direitos coletivos *lato sensu* são direitos subjetivamente *transindividuais* e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos *lato sensu* são *transindividuais* por não possuírem titularidade determinada, devendo ser tutelados em juízo, invariavelmente, pelo regime da substituição processual e, *indivisíveis*, por serem lesados ou satisfeitos em sua globalidade, reclamando, portanto, uma tutela conjunta e universalizada.³⁶

Do quanto ficou dito, resume Márcio Flávio Mafra Leal: “Praticamente toda a definição legal refere-se ao problema da titularidade do direito que, sinteticamente, quer dizer que o direito não tem titularidade determinável no plano individual e sua violação atinge indiscriminadamente toda a comunidade”.³⁷

Dessa forma, quando houver referência a tal qualificativo, deve-se ter em linha de consideração uma espécie de interesse que não pode se referir com exclusividade a um sujeito individual com faculdade de disposição sobre ele.³⁸

Apreciando a questão, em tese de doutoramento defendida em *Freiburg im Breisgau*, na Alemanha, Márcio Flávio Mafra Leal defende que o conceito de in-

34 Nesse sentido: MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo...* cit., p. 115; GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas...*, cit., p. 45-67; LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas...*, cit., p. 106-107; ZAVASKY, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo...* cit., p. 33-35.

35 GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas...*, cit., p. 54-55.

36 ZAVASKY, Teori Albino. Reforma do processo coletivo... cit., p. 34.

37 LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas...*, cit., p. 106.

38 A propósito, merece alusão: DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita. Barcelona: Cedes, 1996.

teresse difuso tem relevância para as ações coletivas correspondentes, na medida em que serve para compensar a falta de um legitimado ativo ordinário, inexistindo qualquer outra consequência de cunho material além desta. No sentir do autor, trata-se, então, de conceito “meramente funcional”, que faz sentido em conjunto com as ações coletivas, constituindo-se, simplesmente, em uma “ferramenta funcional” para permitir a apreciação judicial do interesse ou política pública, “que não se titulariza em um sujeito”³⁹. O autor apresenta a seguinte tese geral:

A teoria do conceito de interesse difuso deve, nesse sentido, possibilitar uma abordagem funcional e processual – e não ontológica – para apreciar alguns conflitos sem a necessidade de se atribuir um direito material a um indivíduo ou exigir uma violação direta a uma posição jurídica individual. III – Na tutela de interesses difusos, aos atores são conferidas pretensões autônomas, que possibilitam a propositura de ações chamadas *coletivas*. A exigência de se proteger um *interesse difuso* de desempenho o papel de desencadeador dessa legitimação, sem que seja necessária uma *substituição processual*.⁴⁰

Se a questão é vista exclusivamente por essa lente, ou seja, analisar o direito material veiculado pelas ações coletivas para defesa de direitos difusos e sua supraindividualidade, como nota característica que interfere no tipo de tutela e provimento jurisdicional a serem postulados na ação,⁴¹ obviamente não há o menor cabimento ou relevância do conceito de interesse difuso ou de um bem jurídico supraindividual para o Direito Penal substantivo ou para o cotidiano da prática penal.

Do ponto de vista processual penal, defender a existência de uma “tutela penal de interesse difuso” não enseja, igualmente, consequências práticas. Não há a criação de ritos procedimentais diferenciados em atenção à categoria do bem jurídico protegido pelo tipo penal incriminador e o Ministério Público continua, em regra, como único legitimado para promover a persecução criminal, através da ação penal pública.

A propósito do tema, acertadamente, ensina Márcio Flávio Mafra Leal que “a não existência de uma vítima concreta não transforma as ações penais em ações

39 LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Die Kollektivklage zur Durchsetzung diffuser Interessen: Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung in Brasilien und Deutschland*. Bd./vol. 4989. Peter Lang GmbH. Internationaler Verlag der Wissenschaften. Frankfurt am Main, 2010.

40 Trechos traduzidos por Márcio Flávio Mafra Leal da sua tese de doutoramento, com adaptações para o leitor brasileiro. Cf. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Die Kollektivklage zur Durchsetzung diffuser Interessen: Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung in Brasilien und Deutschland*. Bd./vol. 4989. Peter Lang GmbH. Internationaler Verlag der Wissenschaften. Frankfurt am Main, 2010.

41 Para uma visão detalhada do tema, indica-se ao leitor a proveitosa leitura da obra *Ações coletivas: história, teoria e prática*, de autoria de Márcio Flávio Mafra Leal.

para tutela de interesses difusos, mas, como sempre foi, para tutela do interesse público.⁴²

É juridicamente injustificável o entusiasmo pela compreensão do fenômeno criminal pela ótica da emergência dos interesses difusos, categoria jurídica, nesse prisma, estranha ao Direito Penal.

O importante é reconhecer que os valores que são apresentados sob tal categoria estão agasalhados na ordem axiológica constitucional pátria e é evidente o interesse público na proteção de tais bens jurídicos penais⁴³. É necessário fomentar-lhes o respeito, precisamente por meio da reação penal específica.

4. A IDEIA DO BEM PÚBLICO

Ao focar especificamente o conceito de direito transindividual (ou supra-individual), Antônio Gidi defende que ele existe como entidade distinta de qualquer indivíduo ou grupo deles. Isto é: transcende ao indivíduo. Demais disso, o autor enfatiza que não se trata de mera coleção de direitos individuais, sendo legalmente irrelevante determinar os indivíduos pertencentes ao grupo e quem é o titular de tais direitos em última instância. Conclui que, em termos econômicos, consiste em um bem público.⁴⁴

A ideia de bem público (*public good*) é digna de nota pois se presta a clarificar uma das faces dos direitos difusos, representada pela transindividualidade.

Na definição propugnada pela teoria econômica, o bem público puro caracteriza-se, obrigatoriamente, pela presença das seguintes condições: *não-rivalidade e não-exclusividade*.

Entende-se por *não-rivalidade* o fato de o consumo do bem por um agente não importar na redução do consumo de outro, pois o custo marginal é zero para ofertar uma unidade adicional do bem. Diferem, pois, dos bens privados que apresentam custos marginais de produção positivos.

42 Trechos extraídos do trabalho "A ação para tutela de interesses difusos", de tradução feita por Márcio Flávio Mafrá Leal da sua tese de doutoramento, com adaptações para o leitor brasileiro. Cf. LEAL, Márcio Flávio Mafrá. *Die Kollektivklage zur Durchsetzung diffuser Interessen: Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung in Brasilien und Deutschland*. Bd./vol. 4989. Peter Lang GmbH. Internationaler Verlag der Wissenschaften. Frankfurt am Main, 2010..

43 Nesse sentido, veja-se a preleção de Luciano Feldens: "Ao Direito Penal, nessa perspectiva, reserva-se uma missão de inquestionável relevância, voltada às conferências de especial proteção a essas objetividades que, alçadas ao plano constitucional – circunstância a já denotar a sua essencialidade – carregam consigo a nota da transindividualidade: os direitos e interesses coletivos e difusos, os quais, a partir da incorporação pelo sistema jurídico penal, se habilitariam a ser categorizados, também, como bens jurídicos difusos e coletivos" (*Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho-branco: por uma re-legitimação da atuação do Ministério Público – uma nova investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 31).

44 Cf. Idem, *ibidem*, p. 53.

Assim é que ensinam Mas-colell, Whinston e Green: "Um bem público é um bem tangível cujo consumo de uma unidade do bem por um agente não prejudica o uso deste por outros. [...] A distinção pode ser feita se houver a possibilidade de exclusão de uso de um indivíduo dos benefícios de um bem público".⁴⁵

A *não-exclusividade*, por sua vez, surge em razão de não haver possibilidade econômica de excluir algum consumidor que não queira pagar pela utilização do bem.⁴⁶

No Brasil, outra consideração de relevo sobre a matéria foi feita por Hermann Benjamin. Apropriando-se dos critérios de caracterização de bem público, norteadores da teoria econômica, o autor menciona dois princípios servíveis à explicação da transindividualidade, a saber: o *princípio da indivisibilidade dos benefícios* e o *princípio da não-exclusão dos beneficiários*. Segundo o *princípio da indivisibilidade dos benefícios*, a utilidade do bem não é divisível entre os que o utilizam, inviabilizando, dessa forma, a sua apropriação com exclusividade. Pelo *princípio da não-exclusão dos beneficiários*, "nenhum dos membros do grupo pode ser excluído de seus benefícios a não ser que todos o sejam igualmente".⁴⁷

A partir de todas as considerações precedentes, resulta clarividente que menor proteção entre todas conferida aos direitos referidos beneficia indistintamente a todos os indivíduos da sociedade. Igualmente, a lesão causa prejuízos a todos os seus titulares, gerando uma vitimização ampla. Na área penal, exemplos clássicos dessas violações são os crimes ambientais, os crimes contra as relações de consumo, os crimes contra economia popular e os crimes contra o sistema financeiro nacional.

A proteção penal diante das ações criminosas que ultrapassam a agressão de um bem jurídico titularizado por um indivíduo singularmente considerado, ocasionando enormes perdas à coletividade e repercussões negativas ao funcionamento da sociedade, tem como escopo o bem comum.

5. CARÁTER PÚBLICO DO DIREITO PENAL

Tanto a criminalidade tradicional quanto as modernas modalidades delinqüenciais ofendem bens, cuja agressão e tutela, de qualquer modo, dizem res-

45 Tradução livre da autora: "A public good is a commodity for which use of a unit of the good by one agent does not preclude its use by other agents. [...] A distinction can made according to whether exclusion of an individual from the benefits of a public good is possible". MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael D.; GREEN, Jerry R. *Microeconomic theory*. New York: Oxford University Press, 1995. p. 359-360.

46 Para uma visão mais aprofundada sobre o tema, veja-se Idem, *ibidem*, p. 359-360.

47 BENJAMIN, Antônio Vasconcelos Hermann e. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a liberdade judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: Milaré, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 82.

peito ao Estado. A função central do Direito Penal é eminentemente social e seu caráter é necessariamente público. Tal setor do ordenamento jurídico, ao fim e ao cabo, não dirige sua tutela a um segmento da sociedade, mas a todos os seus membros e por isso mesmo sua presença é tão forte.

Partindo-se de tal linha de consideração, é fosse mais adequado, então, falar em “interesse público” ou “interesse geral”.

José Luiz Díez Ripollés, por exemplo, esclarece que os comportamentos ante os quais o Direito Penal deve intervir devem afetar as necessidades do sistema social em seu conjunto. Assim, por meio da remissão ao interesse público é possível identificar aquilo cuja danosidade social afeta, de modo grave, os pressupostos imprescindíveis à convivência. Para Ripollés isso importa em duas exigências.⁴⁸

Em primeiro lugar, os efeitos das condutas transcendem o conflito entre o autor e vítima. O Direito Penal assume a função de intervir quando os conflitos “têm uma potencialidade de generalização tal que, se não se reagir de maneira adequada a ele, poderá gerar efeitos perturbadores que irão mais além do que já produz na concreta interação social afetada”. Em segundo lugar, tal conflito deve ser percebido como socialmente danoso não a partir dos interesses exclusivos de certos grupos sociais, mas tendo em vista os interesses gerais. Ou seja, asseguram-se interesses do conjunto social, e não interesses particulares, nem sequer interesses contrapostos compatíveis.⁴⁹

Quando o Direito Penal tipifica uma conduta, ela já foi ou é matéria tratada em outro ramo. Em geral, a ilicitude não nasce no campo do Direito Penal. Socorre-se ao Direito Penal, que possui a previsão legal da pena, quando outra instância de proteção da ordem jurídica deu mostras de sua impotência para amparar o bem jurídico. O Direito Penal é, portanto, a *ultima ratio*.

As leis criminais, “no fundo, são menos uma espécie particular de leis do que a sanção de todas as outras”,⁵⁰ consoante afirmação de Rousseau.

O Direito Penal é subsidiário, eminentemente sancionador e só excepcionalmente constitui a ilicitude jurídica. Não cria a ilicitude, apenas protege de forma mais enfática, mais incisiva, os interesses da coletividade, quando as demais esferas de intervenção, jurídica ou não, fracassarem na sua missão protetiva ou não resolverem eficientemente o conflito de interesses. No fundo, não há uma ilicitude tipicamente penal. Há ilicitude jurídica. O fenômeno jurídico é um só.

48 Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luis Regis Prado. São Paulo: RT, 2005. p. 153.

49 Cf. Idem, ibidem, p. 153.

50 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Paulo Neves. Título original: *Du Contrat Social*. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 70.

A índole da ilicitude é genérica e não particular, visto que envolve todo o ordenamento jurídico. Há uma relação de oposição com a normatividade jurídica *in totum*, não se reduzindo ao âmbito específico da seara criminal.

Zaffaroni e Pierangeli acentuam que o Direito Penal não cria bens jurídicos ou direitos, apenas os agregam à sua tutela. Quanto ao fato de a ilicitude da omissão de socorro, dos maus-tratos de animais e da tentativa chegarem à sua esfera de proteção, explica que as sanções não-penais, que têm caráter reparador ordinário, não se ajustam a tais condutas, mas não porque não sejam bens jurídicos com tutela prévia à proteção penal. Sintetizam o entendimento: “O mais correto seria afirmar que o Direito Penal é predominantemente sancionador e excepcionalmente constitutivo”.⁵¹

Françisco Muñoz Conde e Mercedes Garcia Arán ensinam que o sistema jurídico-penal, dentro do controle social, ocupa um lugar secundário, puramente confirmador e assegurador de outras instâncias muito mais sutis e eficazes. Para os autores, não cria a norma penal novos valores, tampouco constitui um sistema autônomo de valoração de motivação do comportamento humano em sociedade, estando conectado às demais instância de controle social. Resumem: “Las diferencias existentes entre el sistema jurídico-penal, el derecho penal y otros sistemas de control social son más bien de tipo cuantitativo: el derecho penal constituye un plus adicional en intensidad y gravedad de las sanciones”.⁵²

Na mesma linha de entendimento, com razão, Paulo de Souza Queiroz defende o caráter subsidiário do Direito Penal, aduzindo que este não cria “um sistema exclusivo, próprio, de ilicitudes, fora ou além da ordem jurídica vigente”, antes disso “limita-se a selecionar e sancionar mais gravemente, por sua transcendência, fatos que já o são – já são proscritos, explícita ou implicitamente – pela ordem extrapenal, pública ou privada (constitucional, administrativa, civil, processual etc.)”.⁵³

Portanto, à questão suscitada inicialmente – se uma determinação conceitual sobre interesses difusos assume alguma relevância para o Direito Penal brasileiro – responde-se negativamente.

A título ilustrativo, em relação à matéria econômica, a referência constitucional expressa à “Ordem Econômica e Financeira”, no Título VII, capítulos I a IV, definindo diretrizes gerais sobre a atividade econômica e o Sistema Financeiro

51 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. p. 91

52 MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 6. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 63.

53 QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Lineamentos para um Direito Penal Mínimo. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 57.

Nacional já é grande indício de serem valores especialmente relevantes para a vida comunitária e de que sua vulneração se reveste de particular danosidade social. A Constituição Federal da República de 1988 consagra a relevância e a imperiosidade da efetivação de mecanismos de defesa dos interesses públicos ou gerais, que alcançam uma cadeia abstrata de pessoas e cujas lesões são disseminadas em massa.

A questão deve ser apreciada sob a ótica do interesse público, sobretudo, em face da extensão dos danos potenciais ou materiais (ofensividade) a todos os membros da comunidade, que a lesão ou ameaça de violação em tais crimes ensejam, apesar de quase sempre serem imperceptíveis.

É nesse sentido que, também, são dignos de proteção, por exemplo, a livre concorrência ou a livre iniciativa (artigos 5 e 6 da Lei 8.137/1990), a transparência e a exatidão de informações e dados nocivos ou a periculosidade de determinados produtos ou serviços destinados ao consumidor (artigos 63, 64, 65, 67, 68 e 69 da Lei 8.137/1990) ou a credibilidade pública dos valores mobiliários e de empresas disponibilizados no mercado financeiro, a credibilidade do sistema financeiro ou a segurança nas operações de câmbio (Lei 7.492/1986).

Interessante notar, em tais exemplos, que, na realidade, não é necessariamente um interesse com conteúdo diretamente patrimonial que está sendo protegido, mas um plexo de valores (ideais) que assumem relevância criminal.

Na doutrina portuguesa, Jorge de Figueiredo Dias assevera que:

A ordem econômica ou financeira, como a ordem política, a fiscalidade, o mercado, a organização europeia conformam valores jurídico-constitucionalmente reconhecidos, mesmo que sistêmico-funcionalmente condicionados ou mesmo determinados, e, nesta medida, fundamentos de uma criminalização legítima e válida.⁵⁴

Falar em “bem jurídico supraindividual” não traz repercussões práticas (salvo quanto à gestão desses interesses, no âmbito do processo civil) porque, ao fim e ao cabo, tudo se resume a uma proteção de interesses públicos cuja violação importa, ainda que por via reflexa, a ofensa a interesses particulares, pois aquilo que é “de todos” é “meu também” e a ofensa tais bens jurídicos, em síntese, representaria, também, um ataque a um interesse individual.

6. UM POUCO DA CASUÍSTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

6.1 Crimes de perigo

O Supremo Tribunal Federal, intérprete último do texto constitucional, com invulgar frequência, menciona em diversos precedentes a categoria dos “bens

⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 118.

A irrelevância conceitual do interesse difuso ou do “bem jurídico supraindividual” para...

jurídicos supraindividuais”, reconhecendo-lhes, legitimidade constitucional e relevância social, a ponto de invocar a característica da “supraindividualidade” para reclamar uma proteção penal mais enfática e justificar, nesse sentido, um maior rigor punitivo para as condutas que hostilizam tais bens jurídicos.

Em acórdãos recentíssimos, ao apreciar a legitimidade da criminalização do porte ilegal de arma de fogo desmuniada⁵⁵, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a tipificação dos crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal pátrio, ressaltando, inclusive, a existência de uma legítima preocupação legislativa ao coibir seu uso, seu porte e sua posse.

Ao fundamentar a decisão no julgamento sobre a constitucionalidade do crime de porte de arma de fogo desmuniada, o Ministro Gilmar Mendes apresenta, em seu voto condutor, a categoria dos bens jurídicos supraindividuais. Admite como idônea a técnica de tipificação legislativa que antecipa a proteção penal, em um nítido modelo de direito penal preventivo, assentando, inclusive, “ser a melhor alternativa, ou a medida mais eficaz, para proteção de bens jurídicos penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como o meio ambiente, a saúde, por exemplo.”⁵⁶

O Pretório Excelso justifica o contexto empírico legitimador da penal norma incriminadora, a partir da “aparente lesividade da conduta”, uma vez que se pretende tutelar a segurança pública (art. 6 e 144; da Constituição Federal da República de 1988) e indiretamente, também, outros bens jurídicos como a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo. O Supremo Tribunal Federal analisa a matéria, ademais, sob o prisma do interesse público:

Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa⁵⁷.

O Supremo Tribunal Federal entende que tal escolha passa pela liberdade de conformação do legislador que, dentro de suas “amplas margens de avaliação e de decisão”, pode definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva tutela de determinado bem jurídico. Em tal linha de intelecção,

⁵⁵ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104410, Relator (a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012

apenas a atuação legislativa que transborde os limites da proporcionalidade, poderia ser considerada inconstitucional.⁵⁸

Observe-se que não se vê na fundamentação do julgado nenhuma distinção entre “bem jurídico supraindividual” e “interesse público”, tampouco nenhuma contribuição de ordem dogmática em vincular, por exemplo, a decisão proferida à natureza do bem jurídico. Até porque, toda a tipificação penal orientada à proteção do interesse público. A escolha do âmbito de criminalização das condutas penalmente relevantes, sintonizada com os valores constitucionais, obviamente, é espaço de discricionariedade do Poder Legislativo e, em síntese, afigura-se como uma decisão de política criminal.

Os crimes de perigo concreto trazem no bojo da descrição típica a referência à verificação efetiva do perigo. O perigo, portanto, figura como elemento do tipo, devendo ser demonstrado, casuisticamente, *a posteriori*, no processo penal. A apreciação é feita, então, a partir de uma perspectiva *ex post*.

Tratando-se de crimes de mera conduta perigosa ou crimes de perigo abstrato, tem-se uma presunção legislativa de perigo. Este não se configura como elemento do tipo. Na verdade, o que há no tipo é a definição de uma ação perigosa, a partir de um juízo hipotético do legislador, para quem a simples realização da conduta importará no surgimento do perigo. Não se faz necessária a comprovação do dano ou ameaça ao bem jurídico, basta que se comprove que a conduta abstrata reputada perigosa pela construção do legislador foi concretizada no mundo dos fatos. Prescinde-se, também, da comprovação da relação de causalidade entre a conduta e o suposto efeito reputado arriscado ou perigoso. Com efeito, dispensa-se, ainda, o dolo de lesão.

Na técnica de tipificação dos crimes de perigo abstrato, o perigo repousa na própria ação e, consoante preleciona Ângelo Roberto Ilha da Silva, atendem “a uma necessidade decorrente da natureza das coisas, ou seja, as figuras delituosas assim tipificadas devem atender ao reclamo de tutela baseado na lesividade que a ação encerra, em razão da inerência que o perigo guarda em si”.⁵⁹

6.2 Princípio da insignificância

Em relação ao crime de moeda falsa, capitulado no art. 289 do Código Penal brasileiro, as duas turmas do Supremo Tribunal Federal pacificaram o entendi-

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 102087, Relator(a): Min. Celso De Mello, Relator(A) P/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012 EMENT VOL-02657-01 PP-00068.

59 SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato...*, cit., p. 73.

A irrelevância conceitual do interesse difuso ou do “bem jurídico supraindividual” para...

mento pela inaplicabilidade do princípio da insignificância⁶⁰ em virtude de ser a fé pública o bem jurídico tutelado pela norma.

Invoca-se, por vezes, a supraindividualidade do bem, como elemento impeditivo ao reconhecimento da aludida causa supralegal de exclusão de tipicidade material, sem qualquer outra justificação dogmática.

Decidiu, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 112.708, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que o crime de moeda falsa, não tem como pressuposto a ocorrência de um prejuízo econômico objetivamente quantificável, mas a tutela de um bem intangível, correspondente à confiança que a população deposita em sua moeda.⁶¹

Em tal linha de intelecção, ao lesar a fé pública, a conduta coloca em risco a credibilidade do sistema financeiro, inviabilizando-se o reconhecimento da atipicidade da conduta. A modalidade delinquencial, em comento, segundo o Pretório Excelso apenas exige para imposição de pena que os bens jurídicos credibilidade da moeda nacional e do sistema financeiro sejam expostos a risco.⁶²

Na ementa do julgado suprarreferenciado, afirma-se a inaplicabilidade do princípio da insignificância em função do caráter supraindividual do bem jurídico penalmente tutelado pela norma penal, embora tal relação não seja explicitamente desenvolvida no precedente como razão de decidir.⁶³

Nô *Habeas Corpus* 111.266, também, o Ministro Ricardo Lewandowski, na esteira dos precedentes da corte, votou pela inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de moeda falsa. *In casu*, o paciente insurgia-se contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem de *habeas corpus*, mantendo a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que confirmou a condenação do juízo do primeiro grau à pena de três anos de reclusão, em regime aberto, mais multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restri-

60 De acordo com a praxis do Supremo Tribunal Federal, impõe-se o reconhecimento do princípio da insignificância no ordenamento jurídico nacional, enquanto causa supralegal de exclusão de tipicidade material, quando houver a satisfação, cumulativamente, das seguintes condições objetivas: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.412/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19/11/2004; HC 104403/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 1/2/2011; HC 104117/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 26/10/2010; HC 96757/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 4/12/2009; HC 97036/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ de 22/5/2009; HC 93021/PE, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ de 22/5/2009; RHC 96813/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/4/2009.

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 112708, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 17-09-2012 PUBLIC 18-09-2012)

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 112708, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 17-09-2012 PUBLIC 18-09-2012)

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 112708, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 17-09-2012 PUBLIC 18-09-2012)

tivas de direitos, como incurso nas sanções do art. 289, § 1º, do Código Penal pátrio, porque o paciente adquiriu um sorvete no valor de R\$ 2,00 (dois reais) e pagou com uma cédula falsa de R\$ 50,00 (cinquenta reais).⁶⁴

Destacou-se, na ementa do acórdão, a inaplicabilidade do princípio da insignificância em função de o bem jurídico tutelado pela norma ser a fé pública, invocando-se a característica da supraindividualidade.⁶⁵

Na ementa do acórdão do *Habeas Corpus* 102.550, de relatoria do Ministro Luiz Fux, assentou-se que o crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, tipificado no art. 168-A do Código Penal, tutela a subsistência financeira da previdência social, bem jurídico de caráter “supraindividual”. No caso, os pacientes foram denunciados pela prática do crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias no valor de R\$ 3.110,71 (três mil, cento e dez reais e setenta e um centavos) e pretendiam o reconhecimento da insignificância da conduta.⁶⁶

Asseverou-se no julgamento que a conduta imputada aos pacientes não representa uma simples lesão patrimonial mas uma violação ao dever constitucional de financiar a seguridade social, imposto a toda a sociedade, no art. 195 da Constituição Federal de 1988, que dispõe que: “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios...” Desta forma, representa a “marca da infidelidade” do empregador que não repassou aos cofres públicos, a contribuição exigida do trabalhador e que fora depositário.

Ao afirmar, na esteira dos precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 76.978/RS de relatoria do Ministro Maurício Correia e do *Habeas Corpus* 98021, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que o bem jurídico protegido em tal crime é a “subsistência financeira da Previdência Social”, chegou-se à conclusão de que o princípio da insignificância é inaplicável porque não se podia afirmar que a conduta atribuída ao paciente tinha grau reduzido de reprovabilidade, pois realizada em prejuízo à arrecadação deficitária da previdência social e, portanto, causadora de “nítida lesão a bem jurídico supraindividual”.⁶⁷

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 111266, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 11-04-2012 PUBLIC 12-04-2012)

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 111266, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 11-04-2012 PUBLIC 12-04-2012)

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 102550, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, DJe-212 DIVULG 07-11-2011 PUBLIC 08-11-2011 EMENT VOL-02621-01 PP-0004)

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 102550, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, DJe-212 DIVULG 07-11-2011 PUBLIC 08-11-2011 EMENT VOL-02621-01 PP-00041.

O Supremo Tribunal Federal, também, manifestou-se sobre o tema, no julgamento do *Habeas Corpus* 97220/MG, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, para negar a incidência do princípio da insignificância em crimes de moeda falsa já que a norma incriminadora protege a fé pública, considerada como “bem jurídico revelador da especial proteção à confiabilidade do ‘sistema monetário nacional’.” Aduziu-se que o “valor impresso na moeda falsa não é critério de análise da relevância, ou da irrelevância da conduta em face das normas penais”.⁶⁸

Mais uma vez, a Corte Suprema brasileira, repudiou a aplicação do princípio da insignificância, ao fundamento de que o objeto da proteção não é individual. Observe-se a argumentação:

Isso porque o valor nominal constante na nota entregue a um comerciante, por exemplo, nos aproxima apenas de eventual prejuízo por ele, comerciante, experimentado. Equivale a dizer: se considerarmos a quantidade monetária falsamente impressa em papel-moeda como fator, por si só, diferenciador da conduta materialmente típica daquela apenas formalmente típica, nulificaremos o próprio objeto da proteção da norma penal. Objeto que não é individual. Ao contrário! Antes de proteger apenas quem eventualmente recebe moeda falsa, o objetivo da criminalização é a própria credibilidade do sistema e da política monetária do país.

No julgamento do *Habeas Corpus* 98021, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, pleiteava-se o reconhecimento da atipicidade da conduta em virtude de a contribuição previdenciária no valor de R\$ 2.020,00 (dois mil e vinte reais) ter sido descontada e não recolhida aos cofres públicos. A ordem de *habeas corpus* foi negada, dentre outros argumentos, em face do intenso grau de reprovabilidade da conduta, uma vez que o delito atinge “bem jurídico de caráter supraindividual”, a saber, o patrimônio da previdência social ou a sua subsistência financeira.⁶⁹

Ademais, assentou-se que a conduta imputada, para além de descumprir um dever com a Previdência Social, viola o direito que assiste a toda a sociedade de ter um sistema previdenciário que goze de saúde financeira, com aptidão para garantir a todos a cobertura contra os riscos sociais declinados na legislação de regência. Registrou-se, no voto condutor, que segundo se vê em relatório do Tribunal de Contas da União, o déficit registrado nas contas da previdência no ano de 2009 superava os quarenta bilhões de reais.⁷⁰

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97220, Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 05/04/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-01 PP-00151.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 98021, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 22/06/2010, DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-03 PP-00516 RMDPPP v. 7, n. 37, 2010, p. 99-105 LEXSTF v. 32, n. 381, 2010, p. 425-433 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 516-520

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 98021, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 22/06/2010, DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-03 PP-

É oportuna, ainda, a referência trecho do voto, com inteira cabida à matéria em comento:

Com efeito, na espécie, dado o caráter supraindividual do bem jurídico tutelado pela norma - o patrimônio da previdência social, o qual, é dizer, constitui patrimônio público, ou, como anota Antônio Lopes Monteiro, 'patrimônio não de uma pessoa ou de algumas pessoas, como nos demais crimes previstos nesse título, mas o patrimônios de todos os cidadãos que fazem parte do sistema previdenciário'-aliado à circunstância de a conduta do paciente contribuir para agravar o quadro da já combatida previdência social brasileira, é de se repelir a pretensão do impetrante.⁷¹

O raciocínio fundado simplesmente na "supraindividualidade" do bem jurídico, embora, no caso concreto tenha conduzido à denegação da ordem de *habeas corpus*, não pode ser utilizado, genericamente, para afastar a incidência do princípio da insignificância.

A solução não pode ser abstrata, mas substantiva, equivale a dizer, conectada ao problema específico apresentado ao juízo. Afirmar que o bem jurídico é a fé pública e sua natureza é supraindividual e por tal razão recusar aplicabilidade ao princípio da insignificância é um nada jurídico.

A incidência do princípio da insignificância não pode ser decidida a partir da exclusão apriorística de determinada "classe" ou "categoria" de bens; sem uma valoração, casuística, da lesividade da conduta pois o Direito Penal é, por excelência, uma ciência de aplicação e o intérprete não pode se furtar à hermenêutica dos fatos.

A simples tipificação penal de uma conduta revela o interesse público na sua persecução e, portanto, representa um interesse geral, que pertence, indistintamente, a todos os cidadãos. A persecução do interesse público, por sua vez, não obsta o reconhecimento de que casos há, em que, embora a conduta formalmente se adeque ao tipo penal, não resulta em uma lesão significativa ao bem jurídico penal ou um grau de reprovabilidade comportamental, que justifique a intervenção do direito punitivo. É sempre possível mensurar a potencialidade lesiva de uma conduta, a partir dos dados empíricos trazidos ao processo.

7. O TEMA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Merece ser rememorada, ainda a propósito do tema, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, no recurso em *Habeas Corpus* 1.663-SP, no qual o recorrente pretendia a extinção do processo, arguindo a falta de justa causa

00516 RMDPPP v. 7, n. 37, 2010, p. 99-105 LEXSTF v. 32, n. 381, 2010, p. 425-433 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 516-520

71 Idem.

A irrelevância conceitual do interesse difuso ou do "bem jurídico supraindividual" para...

para a denúncia por crime de usura pecuniária⁷², que, ontologicamente, exige a habitualidade para sua configuração.

Na ementa do acórdão, a economia popular é apresentada como o bem jurídico relativo a número indeterminado de pessoas e que, visa a interesse do povo, sobretudo no aspecto econômico. Diz-se, ainda, que tal bem jurídico possui "característica difusa, supraindividual, socialmente danosa, afetando pluralidade de direitos".⁷³

Lê-se no voto do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, como distinção entre os crimes patrimoniais, previstos no Código Penal, e os crimes contra a economia popular, a circunstância de os primeiros, referirem-se a pessoas determinadas; e os últimos relacionarem-se a um número indeterminado de pessoas. Para Cernicchiaro, a cobrança de juros ilegais é crime, cujas operações têm por destinatário o público, não se confundindo, pois, com os crimes contra o patrimônio. Assim, embora o crime de usura pecuniária possa consumir-se com uma só operação, é imprescindível à configuração delitiva que a organização do agente esteja direcionada a um número indeterminado de pessoas e que tenha repercussão na economia popular.⁷⁴

No voto condutor, o Ministro, para justificar sua posição, citou, ainda, a artigo de autoria de João Marcello de Araújo Júnior, para quem as condutas que não se dirigem contra os bens jurídicos supraindividuais não devem integrar o rol dos ilícitos econômicos. Ao apresentar a característica essencial da ordem pública econômica, consignou que se trata de bem jurídico supraindividual, com natureza difusa e complexa, afigurando-se sua violação uma ameaça à coletividade.⁷⁵

O recurso foi provido para trancar a ação penal, que se ressentia de justa causa pois descrevia fato atípico. Houve empréstimo uma vez, resgatado em parcelas periódicas, não se inferindo da imputação criminal ter o paciente de-

72 Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito; (Lei n. 1.807, de 1953)

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 1.663/SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 17/03/1992, DJ 06/04/1992, p. 4508.

74 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 1.663/SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 17/03/1992, DJ 06/04/1992, p. 4508.

75 ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *A Reforma penal-ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 88/89.

envolvido atividade de repercussão contra a economia popular, por falta de direcionamento de sua conduta a um número indeterminado de pessoas.⁷⁶

Entende-se, obviamente, que o bem jurídico tem uma função interpretação relevante, mas não é a afirmação simplória em torno de uma "supraindividualidade" que modificará a hermenêutica do tipo penal em comento.

8. A JURISPRUDÊNCIA NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

No Tribunal Regional Federal da Primeira Região, ao julgar recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra sentença, que rejeitou a denúncia, com base no art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal, em virtude do reconhecimento do princípio da insignificância, em caso no qual se imputava o art. 289, § 1º, do Código Penal, o Relator Fernando da Costa Tourinho Neto, com ressalva do seu entendimento, deu provimento ao recurso para receber a denúncia pelo delito de moeda falsa.

In casu, a Juíza *a quo* entendeu pela ausência de justa causa para a ação penal, em decorrência da insignificância da conduta de introduzir em circulação cédula falsa de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Em virtude da posição consolidada do Supremo Tribunal Federal e para não incorrer em ofensa à uniformidade dos julgados, o Relator adotou como razão de decidir a posição do Pretório Excelso. Apesar disso, o publicista apresentou a sua visão sobre o tema, aduzindo que lesividade torna-se um "valorímetro" da conduta, medida indispensável na análise do tipo no direito penal contemporâneo; pois no contexto do Estado Democrático e Constitucional de Direito, considera inaceitável para fins de configuração delitiva apenas a adequação formal do proceder ilícito à norma jurídica extrema.⁷⁷

Transcreve-se trecho de voto da lavra do desembargador federal Fernando da Costa Tourinho Neto porquanto exemplar no que diz respeito a uma hermenêutica, destinada à realização dos valores republicanos:

Pois bem, ao meu juízo, mesmo a lesão à fé-pública pode ser medida. De fato, formalismos exagerados e ultrapassados geram apenas arbitrariedades. O Juiz não é mero aplicador da lei, de visão obtusa e atrasada, senão que um observador atento da realidade social. A análise caso a caso é que vai determinar se é preciso ou não intervir com o direito penal. Nesse contexto, em casos semelhantes ao ora sob exame, vinha proferindo decisões que reconhecem o caráter materialmente atípico da conduta do agente,

76 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 1.663/SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 17/03/1992, DJ 06/04/1992, p. 4508.

77 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. RSE 2008.38.10.000751-5/ MG, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, j. 17/09/2012.

como fez a Juíza sentenciante, porquanto considero que, a despeito de ser a fé-pública o objeto jurídico tutelado, é absolutamente desarrazoado, desproporcional e ofensivo à dignidade da pessoa humana condenar um indivíduo primário e de bons antecedentes à pena mínima de 03 (três) anos de reclusão por utilizar uma única cédula de cinquenta reais, haja vista a moral administrativa, a confiança da população na credibilidade do meio circulante de forma alguma ser abalada com o proceder, mesmo não se tratando de contrafação grosseira. Impende destacar que tal sanção equivale à pena máxima cominada para o homicídio culposo (art. 121, § 3º, do Código Penal).⁷⁸

Corroborando essa linha de entendimento, também, em julgamento do Recurso em sentido estrito n. 0000709-37.2010.4.01.3810 / MG, o desembargador federal Fernando da Costa Tourinho Neto adverte sobre o "simplismo do raciocínio", "fundado na intangibilidade da fé pública", ao negar aplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de moeda falsa, ao argumento de ser o bem jurídico tutelado a fé pública e secundário o aspecto patrimonial da proteção pretendida pela norma.⁷⁹

No caso em comento, o Ministério Público Federal objetivava a reforma da decisão que rejeitou a exordial acusatória, na qual se atribuía ao denunciado a responsabilidade criminal por guardar consigo uma cédula falsa de R\$ 5,00 (cinco reais). O juízo *a quo* entendeu pela ausência de justa causa para a ação penal, em decorrência da insignificância da conduta. A Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da primeira região deu provimento ao recurso em sentido estrito para receber a denúncia, com a ressalva do entendimento pessoal do relator.⁸⁰

No julgamento de tal recurso em sentido estrito, adotou-se como razão de decidir a posição do Supremo Tribunal Federal:

... o princípio da insignificância é, em princípio, inaplicável ao delito de moeda falsa, haja vista o bem jurídico tutelado, a fé pública, ser supra-individual, consubstanciado na credibilidade depositada pela população no meio circulante e na expressão da própria soberania nacional.⁸¹

A Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região deu provimento ao recurso em sentido estrito n. 0002399-07.2010.4.01.4100/ RO,

78 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. RSE 2008.38.10.000751-5/ MG, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, 17/09/2012.

79 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. RSE 0000709-37.2010.4.01.3810 / MG, Rel. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p.33 de 20/05/2011.

80 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. RSE 0000709-37.2010.4.01.3810 / MG, Rel. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p.33 de 20/05/2011

81 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. RSE 0000709-37.2010.4.01.3810 / MG, Rel. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p.33 de 20/05/2011

para receber a denúncia na qual se imputava a prática do crime de sonegação fiscal, capitulado no art. 1º, I, da Lei. 8.137/90⁸².

A referida denúncia foi rejeitada pelo juízo *a quo*, com espeque no art. 395, III, do CPP, ao argumento de que ao Direito Penal não deve servir como veículo de coação à satisfação de obrigações tributárias, já que em face do caráter subsidiário do direito penal, a matéria deveria ser resolvida no campo administrativo/tributário. Em tal contexto, entendeu o magistrado sentenciante que o Poder Judiciário deve servir de anteparo ao abuso estatal na incriminação, inclusive, recusando aplicabilidade ao tipo penal que se ressentir de legitimidade, quando está, por exemplo, divorciado da preservação do mínimo ético, quando viola a isonomia ou o *ne bis in idem*.⁸³

Em sentido contrário à linha de argumentação desenvolvida pelo magistrado sentenciante, o desembargador federal Fernando da Costa Tourinho Neto rememora a função social dos tributos, sobretudo, o seu papel na implementação dos direitos e políticas públicas, de índole constitucional. Adverte o relator sobre a insuficiência das sanções administrativas e cíveis, para proteger a sociedade da ausência do recolhimento tributário. Ensina que a Lei n. 8.137/90 não objetiva, simplesmente, à prevenção e repressão, à sonegação fiscal, mas a proteção ao sistema tributário, através da garantia dos recursos devidos ao Estado, a promoção da livre concorrência e da justiça fiscal, que representa, em síntese, matéria de interesse público.⁸⁴

Essa linha de raciocínio, que aprecia a matéria à luz da categoria do interesse público é a que melhor se coaduna com a defendida neste artigo.

82 Veja-se o seguinte trecho da denúncia: "Narra a peça acusatória que (fls. 21/24):[...] II - A fiscalização tributária levada a efeito pela Delegacia da Receita Federal/RO demonstrou, ainda, que Moisés José Ribeiro de Oliveira deixou de declarar os rendimentos recebidos como contraprestação ao trabalho exercido como professor na Universidade Federal de Rondônia (CNPJ 04.418.943/0001-90), no valor total de R\$ 19.012,00 (Dezenove mil e doze reais), referentes aos anos fiscais de 2003 e 2004, tais valores encontram-se discriminados à fl. 03 do apenso I, estando abrangidos no Auto de Infração de fls.24/34. Em vista das condutas acima narradas foi constituído contra o denunciado o crédito tributário no valor total de R\$ 567.347,85 (quinhentos e sessenta e sete mil, trezentos e quarenta e sete reais e oitenta e cinco centavos), dos quais R\$ 149.415,95 (cento e quarenta e nove mil, quatrocentos e quinze reais e noventa e cinco centavos) referem-se ao imposto devido; R\$ 81.746,02 (oitenta e um mil, setecentos e quarenta e seis reais e dois centavos), equivalem a juros de mora; e R\$ 336.185,88 (trezentos e trinta e seis mil, cento e oitenta e cinco reais e oitenta e oito centavos) de multa aplicada. [...]". Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. RSE 0002399-07.2010.4.01.4100 / RO, Rel. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p.175 de 31/03/2011.

83 Argumentos expostos na decisão do juízo *a quo* que rejeitou a renúncia. Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. RSE 0002399-07.2010.4.01.4100 / RO, Rel. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p.175 de 31/03/2011

84 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. RSE 0002399-07.2010.4.01.4100 / RO, Rel. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p.175 de 31/03/2011

Todavia, frise-se que, apesar de desenvolver sua fundamentação sob a ótica do interesse público, Fernando da Costa Tourinho Neto invoca na ementa do acórdão as categorias "bem jurídico coletivo" e "interesses difusos". Veja-se:

A criminalização dos ilícitos fiscais importa em proteção à bem jurídico coletivo, consistente nos interesses difusos da sociedade, previstos na Carta Magna. A descriminalização do delito fiscal, além de estar fundamentada numa visão individualista-liberal do Direito Penal, ignora a danosidade social advinda da evasão tributária fraudulenta e representa flagrante retrocesso social.⁸⁵

Não apenas pela magnitude dos interesses vulnerados, pela enorme danosidade ao patrimônio da coletividade, que tais violações engendram, mas, sobretudo, pelo compromisso constitucional assumido, no Brasil, em defesa do sistema tributário nacional, é que não é possível subtraí-lo da proteção através do Direito Penal.

Figueiredo Dias, também, entende inaceitável minimizar a função do Direito Penal no corpo social a interesses "reais", "tangíveis", como propugna a concepção *monista-pessoal* do bem jurídico, pois para controlar as fontes dos novos riscos sociais são indispensáveis normas de comportamento, cuja violação demanda uma punição penal nos casos mais graves. Para esse autor:

[...] esperar uma tutela capaz de meios não jurídicos de política social - como o fomento de novas formas de *auto-proteção da vítima* ou das *forças auto-reguladoras do mercado* - afigura-se expectativa inconsistente. Como inconsistente parece ser a esperança depositada em meios jurídicos não penais, nomeadamente na *tutela jurídico-civil* ou em uma *tutela jurídico-administrativa intensificada*.⁸⁶

Arremata o seu pensamento, exemplificando com os danos causados à camada de ozônio, os lixos tóxicos; a clonagem reprodutiva de seres humanos, da disseminação do HIV ou da BSE, para os quais as sanções civis ou administrativas, ainda que intensificadas, não seriam bastante para punição dos agentes responsáveis. Para Figueiredo Dias, subtrair à tutela penal condutas tão graves que expõem a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade destas entre si - as existentes e as que estão por nascer - seria pôr o princípio jurídico penal de subsidiariedade e de *ultima ratio* de "pernas para o ar".⁸⁷

9. CONCLUSÃO

A categoria bem jurídico penal não resta esvaziada no âmbito da proteção dos núcleos valorativos protegidos, contemporaneamente, pelo Direito Penal

85 RSE 0002399-07.2010.4.01.4100 / RO, Rel. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p.175 de 31/03/2011

86 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 146.

87 Idem, *ibidem*, p. 146-147.

(a integridade da ordem-econômica, economia popular, a confiança no sistema financeiro nacional, a “subsistência financeira da Previdência social”, meio ambiente, etc.), pertinentes a todos os integrantes do sistema social. Segue como critério delimitador e legitimador da intervenção penal. Aqui se está a permitir que o Estado maneje o *jus puniendi* como garante e promotor de valores da vida comunitária para assegurar condições dignas de existência às gerações vindouras, ampliando o âmbito clássico da tutela penal.

O abraço do Direito Penal aos interesses supramencionados não reescreveu a sua história, não criou princípios novos, muito menos um conceito novo de Direito Penal.

A questão central do interesse difuso é a indeterminação dos sujeitos que o titularizam. Como já antes dito, todos se beneficiam com a sua proteção e gozo e, da mesma forma, são indistintamente prejudicados com sua violação

Verifica-se, a partir de análise casuística de decisões de tribunais pátrios e da produção teórica de tratadistas nacionais e estrangeiros, a irrelevância do conceito de interesse difuso para o Direito Penal brasileiro e que não há justificativa teórica, no âmbito penal, para autonomizar a categoria dos “bens jurídicos supraindividuais”.

Tais conceitos são funcionais, no âmbito das ações coletivas, sobretudo nas questões da legitimidade ativa para tutela jurisdicional e da formação da coisa julgada. A funcionalidade do conceito de direito difuso diz respeito, sob a ótica processual, principalmente à sua legitimação extraordinária. Os interesses difusos não são individualmente judicializáveis por serem indivisíveis.

No âmbito do processo civil coletivo, analisa-se o direito material veiculado pelas ações coletivas para defesa de direitos difusos e sua supraindividualidade, como nota característica que interfere no tipo de tutela e provimento jurisdicional a serem postulados na ação. Não há o menor cabimento ou relevância do conceito de interesse difuso ou de um bem jurídico supraindividual para o Direito Penal substantivo ou para o cotidiano da prática penal. Igualmente, defender a existência de uma “tutela penal de interesse difuso” não enseja, consequências práticas no processo penal. Em regra, não há a criação de ritos procedimentais diferenciados e diretamente relacionados à categoria do bem jurídico protegido pelo tipo penal incriminador. Demais disso, o Ministério Público continua como legitimado ativo exclusivo para promover a persecução criminal, através da ação penal pública.

Ao fim e ao cabo, a tutela conferida pelo Direito Penal não é dirigida a apenas um segmento da sociedade, dado que a todos alcança, ou seja, o interesse de todos é nele incorporado. Além de o monopólio da jurisdição penal pertencer ao Estado, os bens jurídicos fundamentais tutelados por ele, independente-

mente de sua classe ou categoria, interessam a toda a coletividade e a sanção é aplicada em nome de sua proteção, daí o seu caráter público por excelência. Partindo-se dessa consideração, seria até mesmo uma tautologia falar em um “Direito Penal supra-individual”, pois é da essência mesma dele sê-lo.

10. REFERÊNCIAS

- AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.
- ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *A Reforma penal-ilícitos penais económicos*. Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 88/89.
- BENJAMIN, Antônio Vasconcelos Hermann. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a liberdade judiciais do meio-ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública. Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BRAVO, Jorge dos Reis. *A tutela penal dos interesses difusos: a relevância criminal na proteção do ambiente, do consumo e do patrimônio cultural*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 1.663/SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 17/03/1992, DJ 06/04/1992, p. 4508.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 112708; Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 17-09-2012 PUBLIC 18-09-2012)
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 98021, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 22/06/2010, DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-03 PP-00516 RMDPPP v. 7, n. 37, 2010, p. 99-105 LEXSTF v. 32, n. 381, 2010, p. 425-433 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 516-520
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97220, Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 05/04/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-01 PP-00151.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 102550, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, DJe-212 DIVULG 07-11-2011 PUBLIC 08-11-2011 EMENT VOL-02621-01 PP-0004)
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 102087, Relator (a): Min. Celso De Mello, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012 EMENT VOL-02657-01 PP-00068.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104410, Relator (a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 111266, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 11-04-2012 PUBLIC 12-04-2012)
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. RSE 0000709-37.2010.4.01.3810 / MG, Rel. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p.33 de 20/05/2011.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. RSE 0002399-07.2010.4.01.4100 / RO, Rel. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p.175 de 31/03/2011.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. RSE 2008.38.10.000751-5/ MG, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, j. 17/09/2012.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos (repercusiones de labor legislativa de Jimenez de Asúa en el Código Penal de 193). *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, fasc. 11, p. 161, jun. 1986.
- , Perspectivas atuais do direito penal econômico. Tradução de Marília Machado e Odone Sanguiné. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, abr.-jun. 1991.
- CALLEGARI, André Luís. A importância e efeito da delinquência econômica. *Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 101, p. 10-11, abr. 2001.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita. Barcelona: Cedes, 1996.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I, p. 121.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. Tradução de Luis Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.
- FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho-branco*: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público – uma nova investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JUNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FILARDI, Antonio Luiz. *Dicionário de expressões latinas*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 134.
- GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*: un modelo para países de derecho civil. Traducción de Lucio Cabrera Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. (Serie Doctrina jurídica, n. 151.)
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos*: a tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- ; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.
- HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado*, Barcelona, fasc. 1, p. 23-36, sep.-dic.1991.

A irrelevância conceitual do interesse difuso ou do "bem jurídico supraindividual" para...

- LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*: história, teoria e prática. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- , Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 66-77.
- , *Die Kollektivklage zur Durchsetzung diffuser Interessen*: Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung in Brasilien und Deutschland. Bd./vol. 4989. Peter Lang GmbH. Internationaler Verlag der Wissenschaften. Frankfurt am Main, 2010.
- MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael D.; GREEN, Jerry R. *Microeconomic theory*. New York: Oxford University Press, 1995.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. Barcelona: Reppertor, 1998.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 114-135.
- MOURA, José Souto de. *A tutela penal dos interesses difusos*. Brasília: Núcleo de Estudos Ambientais do Ministério da Justiça, 1993
- MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal*. Parte general. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 80.
- _____. Francisco. O moderno direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências. *Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 2, fasc. 4, p. 40, 1997.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Lineamentos para um direito penal mínimo. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Paulo Neves. Título original: Du Contrat Social. Porto Alegre: L&PM, 2008.
- SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno e. *Fundamentos criminológicos e repercussões dogmáticas da proteção jurídica da ordem econômica nas bases do direito penal liberal*: uma análise à luz dos crimes de colarinho branco. 2008. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador – Bahia, 2008.
- SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: RT, 2003.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: RT, 2003. (Ciência do direito penal contemporânea, v. 3.)
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13-14.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.v. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 33-38.

45.

A LEI MARIA DA PENHA PODE SER APLICADA A HOMENS?

Alice Bianchini¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Lei Maria da Penha, contexto internacional e ações afirmativas. 3. O objeto de proteção da Lei Maria da Penha: violência de gênero e não violência contra a mulher. 4. Fundamentos para as restrições de direitos, princípios e garantias previstos na Lei Maria da Penha. 5. Considerações finais

1. INTRODUÇÃO

A agressão de mulheres contra homens é tão grave quanto o seu contrário (o próprio CP pune ambas com a mesma pena). Não obstante, entendemos que a **Lei Maria da Penha não deve ser aplicada ao homem vítima de agressão doméstica e familiar**. E assim pensamos não por achar que somente a violência masculina deva ser desvalorada, mas sim por entender que são as especificidades da violência de gênero que justificam que *direitos, princípios, liberdades e garantias* da pessoa acusada sejam *limitados e restringidos*, tal qual se dá em inúmeros dispositivos da Lei Maria da Penha, quando se vale de instrumentos mais enérgicos, que podem chegar, inclusive, à prisão preventiva decretada na fase policial.

2. LEI MARIA DA PENHA, CONTEXTO INTERNACIONAL E AÇÕES AFIRMATIVAS

A Lei Maria da Penha decorre de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no âmbito da igualdade de gênero. Em seu art. 1º são citados dois documentos internacionais: Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW – e Convenção de Belém do Pará,

¹ Doutora em Direito penal pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFSC. Especialista em Teoria e Análise Econômica pela UNISUL/SC e em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra/IBC-Crim. Foi professora do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP e do Curso de Mestrado em Direito da UNIBAN/SP. É coeditora do Portal www.atualidadesdodireito.com.br e Coordenadora do Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais da Universidade Anhanguera-Uniderp|LFG. Leciona em diversos cursos de especialização. Autora de vários livros e de artigos publicados em periódicos nacionais e estrangeiros.



.....

.....

.....

.....

..