

TUTELA PENAL COLETIVA E CRIME ORGANIZADO¹

Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza

Procurador Federal
Mestre em Direito Processual Penal pela
Faculdade de Direito da USP

RESUMO: A moderna criminalidade do século XXI afasta-se da clássica conceituação do tipo penal por seus inovadores meios de planejamento e cometimento de delitos, bem como pelo bem jurídico que visa a atacar. Partindo da constatação de que a proteção jurídica a bens individuais não mais é eficiente ante as novas formas de criminalidade, antevê-se que a evolução do direito penal caminha no sentido de incorporar em nível crescente a tutela dos bens jurídicos supra-individuais. Referidos bens jurídicos há muito são agasalhados pelas normas penais, mas apenas recentemente vêm sendo objeto de estudo e sistematização independentes, do que são exemplos a proteção do meio ambiente e a integridade e lisura da ordem econômica. A tutela dos interesses supra-individuais se dá, por um lado, pela adoção dos chamados crimes de perigo, que antecipam a sanção para o momento da conduta e não do resultado, dada a dificuldade em aferi-los nesses casos. Por outro lado, instrumentos processuais penais também podem ser eficazmente utilizados na proteção dos bens jurídicos coletivos, do que é um importante exemplo a aceitação de pessoas jurídicas como assistentes de acusação atuando em auxílio ao Ministério Público. Ao fim da análise, será sugerido que a ofensa a bens jurídicos difusos pode ser utilizada, em conjunto com outros citados pela doutrina, como um dos caracteres aptos a definir uma organização criminosas.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Quebra de paradigmas: do direito penal individual ao direito penal coletivo. 2. Bem jurídico e tutela penal. 3. Os bens jurídicos difusos. 4. Tutela penal material de bens jurídicos difusos: os crimes de perigo 5. Tutela processual penal de bens jurídicos difusos. 6. Crime organizado e tutela coletiva. – Referências.

¹ Trabalho apresentado em agosto de 2008 no VII Ciclo de Estudos Jurídicos da Justiça Federal em Petrolina, Pernambuco, sob a temática “A Justiça Federal e a tutela coletiva nas áreas cível e criminal”.

INTRODUÇÃO

O século que se inicia é permeado, no âmbito das ciências criminais, por intenso debate acerca dos fins e limites do direito penal. Questionam-se seus paradigmas clássicos, e cogita-se sobre sua aptidão para fazer frente às modernas formas de criminalidade.

Se é certo que não se pode abandonar os postulados básicos de um sistema penal democrático, fundado na teoria do bem jurídico, nos princípios da culpabilidade, da subsidiariedade e da ofensividade, também é certo que o apego a formas tradicionais de regulação de condutas, sem a necessária adaptação aos tempos atuais, pode acarretar perda de eficiência e ruptura do próprio sistema.

É nesse cenário que surge o embrião de uma nova abordagem do direito penal e, *pari passu*, do direito processual penal, focada não apenas na tutela dos bens jurídicos individuais, mas, também e especialmente, em interesses que afetam diretamente toda a coletividade: os bens jurídicos difusos ou supra-individuais.

Migrando de seu espaço mais bem conhecido e estudado, o da tutela coletiva no processo civil, é possível vislumbrar a presença e importância dos bens difusos também na seara penal, incumbida tradicionalmente de garantir a proteção aos interesses mais sensíveis da comunidade quando os demais meios inibitórios falharem. Essa perspectiva influenciará diretamente a concepção de bem jurídico penalmente relevante, com a abrangência de novas áreas do conhecimento que sequer poderiam ser imaginadas em tempo passado. Recrudescem, a fim de fortalecer o âmbito de proteção, os delitos de perigo, trazendo à tona os inúmeros problemas que essa modalidade de tipificação acarreta.

No processo penal, é possível identificar nítida tendência em realçar a tutela coletiva, prevendo-se, inclusive, a participação de entidades associativas como protagonistas da ação penal. A importância crescente da vítima no trâmite processual, com se vê pela recente lei 11.690/08², abre espaço para perquirições acerca de um novo processo penal em que, havendo ofensa a bens jurídicos difusos, terá cada vez mais presença a sociedade civil.

² Trata-se de lei que alterou as disposições relativas à prova no código de processo penal brasileiro de 1941. Faz parte de uma série de medidas visando a modernizar as disposições do código processual e que, na reforma empreendida em meados do ano de 2008, veio acompanhada da lei 11.689, que alterou as normas relativas ao tribunal do júri, e da lei 11.719, que alterou os institutos da emendatio libelli e da mutatio libelli, além de outras questões procedimentais.

Essa nova compreensão do sistema criminal pode ser utilizada, instrumentalmente, como útil fator epistemológico para o estudo do fenômeno da criminalidade organizada. Realidade cada vez mais presente nos dias que correm, o crime organizado ainda carece de conceituação precisa, o que dificulta as análises que o têm por objeto. Buscar-se-á evidenciar, a partir da tutela coletiva no âmbito criminal, que a ofensa a bens jurídicos difusos pode ser tida como uma das características determinantes para o reconhecimento de uma organização criminosas.³

1. QUEBRA DE PARADIGMAS: DO DIREITO PENAL INDIVIDUAL AO DIREITO PENAL COLETIVO

O direito penal passa por um momento de crise. Ao mesmo tempo em que é utilizado pelos órgãos estatais para implementar cada vez mais fortes e invasivas medidas de investigação e de repressão, é realçado, em especial pela comunidade jurídica, como celeiro das garantias individuais e recôndito de seculares princípios liberais que não podem ser escamoteados.

A criminalidade é fator regulador do sentimento de medo da sociedade civil, capaz de tolher uma política de segurança pública que tenha elegido a liberdade como primado.⁴ A situação de descontrole que se apresenta no campo da segurança pública afasta o direito penal e o processo criminal de seus misteres, mormente em face de um ordenamento jurídico que preza, ao menos ao nível constitucional, pela preservação dos valores civilizacionais modernos, como é o caso do Brasil.⁵ Está-se diante de um sério risco de encolhimento da democracia. A insegurança dos membros da comunidade atinge níveis tais que se admite até mesmo o recuo perante determinados valores fundamentais em troca de uma paz, se não plena,

³ Não se adotará, no presente estudo, a classificação tripartite preconizada pelo código de defesa do consumidor e pela doutrina civilística entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para fins penais, a referência a bens difusos, coletivos ou supra-individuais, indistintamente, é suficiente para destacar essa categoria dos bens individuais clássicos, sem descuidar da importância da distinção no campo do direito processual civil. Em sentido contrário, preferindo uma classificação dos bens jurídicos penais em bens de natureza individual, coletiva e difusa, SMANIO, Gianpaolo Poggio, O conceito de bem jurídico penal difuso, in Boletim de doutrina ADCOAS, São Paulo, v.7, n.20, out. 2004, p.394.

⁴ HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de direito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n.5, p. 55-69, jan./mar. 1994, p.56.

⁵ CHIAVARI, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n.5, jan./mar. 1994, p.25.

ao menos minimamente duradoura. É nesse momento de tensão que deve ser buscado o equilíbrio e, no cenário atual, ele há de contrabalançar a necessidade de segurança coletiva com a indispensabilidade dos direitos fundamentais. Nas palavras de Antonio Henriques Gaspar, em conclusão ao pensamento, “é precisamente em situações de crise que o respeito pelos direitos fundamentais se revela mais incisivo e exige maior vigilância”.⁶ É bastante apropriada a distinção que Hassemer realiza entre dois diferentes tipos de criminalidade, ambas afetando a sensação de insegurança corrente. A primeira classe de criminalidade seria a assim denominada *criminalidade de massas*, constituída por delitos violentos (roubos, homicídios, crimes sexuais) que afetam de maneira direta o cidadão-vítima. A segunda categoria seria a da *criminalidade organizada*, menos visível que a criminalidade comum mas altamente nociva. Para o jurista alemão, apenas se poderia falar em crime organizado quando houvesse contaminação de estruturas institucionais do Estado pelos agentes criminosos.

A classificação é importante porque permite identificar um fenômeno maniqueísta e corriqueiro no discurso da segurança pública que, sob um pretexto de combate às organizações criminosas, acumula instrumentos de repressão à disposição do Estado para combater a criminalidade de massas, que é comum e não organizada. Hassemer registra que a “manipulação do medo coletivo difuso”, sob a alcunha do combate ao crime organizado, tem servido como “abre-te-sésamo para desencadear o arsenal de instrumentos de intervenção da autoridade em nome da prevenção de perigos e da elucidação de crimes”.⁷

Se é verdade que o combate ao crime organizado demanda instrumentos penais e processuais de maior eficiência e, por conseqüência, com maior potencial de vulnerar direitos fundamentais se mal utilizados, não é menos verdade que o uso desse aparato especial para o combate à criminalidade comum viola, no mínimo, o princípio da proporcionalidade.

Em contraste à visão penalista clássica, propõe-se uma mudança de

⁶ GASPAR, Antonio Henriques. Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio). In: Revista portuguesa de ciência criminal, Coimbra, ano 15, n.2, abr./jun. 2005, p.260.

⁷ HASSEMER, Winfried. Segurança pública..., cit., p.57-58. Também valem ser destacadas as seguintes passagens do artigo referido: “O medo da criminalidade organizada é o principal responsável pelas mais radicais alterações e exacerbações não só do poder de polícia, mas também do direito penal, nos últimos tempos. Princípios fundamentais ou não valem mais ou valem apenas limitadamente. (...) Quando uma ameaça nos parece particularmente intensa, nada mais é sagrado para nós, nem mesmo os direitos fundamentais” (p.60 e 62).

paradigma naquilo que por muitos é considerado a pedra de toque de qualquer sistema criminal legítimo: o bem jurídico tutelado.

Confrontado com uma realidade assaz mais complexa do que nos primórdios de seu desenvolvimento moderno, o direito penal deve evoluir de modo a conciliar em um sistema coeso e coerente tanto as necessidades de controle social (ou prevenção geral positiva) e os postulados de garantia, dos quais corre o risco de se afastar. E isso reporta, necessariamente, a uma nova concepção de bem jurídico que, para além dos valores individuais clássicos de proteção (vida, liberdade, propriedade), passe a englobar de maneira clara e sistematizada os bens jurídicos coletivos ou supra-individuais. A partir desse reconhecimento, a ciência poderá estruturar novas bases para o direito penal quando tiver que lidar com as lesões ou riscos de lesão aos bens jurídicos mais caros à sociedade coletivamente considerada, quase sempre provocados por organizações criminosas.

A se manter estagnado, o direito penal deixará de cumprir sua função de último depositário do anseio coletivo na manutenção da paz social. Reproduz-se, em tom de vaticínio, o alerta de Jeffrey Robinson:

“Enquanto vivermos num mundo onde uma filosofia de soberania do século XVII é reforçada por um modelo judiciário do século XVIII, defendido por um conceito de combate ao crime do século XIX, que ainda está tentando chegar a um acordo com a tecnologia do século XX, o século XXI pertencerá aos criminosos transnacionais”⁸

2. BEM JURÍDICO E TUTELA PENAL

Bem jurídico, em sua acepção mais difundida, é um bem (utilidade, interesse) de importância fundamental para a comunidade ou para o indivíduo que, por seu significado social, é protegido juridicamente.⁹

No campo criminal, concisa e objetivamente, há de ser compreendido como fundamento e como limite do direito penal. Como fundamento no sentido de que é o pressuposto de existência do próprio sistema repressivo, ou seja, o direito penal tem como fim a proteção de bens

⁸ ROBINSON, Jeffrey. A globalização do crime. Rio de Janeiro : Ediouro, 2001, p.19.

⁹ WELZEL, Hans. Derecho penal Alemán: parte general. 11 ed. alemã, 4. ed. castelhana, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p.5.

jurídicos. Como limite porquanto a aceitação da teoria do bem jurídico torna ilegítima qualquer forma de sanção a condutas que não lesionem ou tendam a lesionar um bem jurídico.¹⁰ A noção de bem jurídico como base de um sistema repressivo democraticamente estruturado remonta ao Iluminismo. Foi no século XVIII que o pensamento liberal, contaminando as concepções políticas e, por conseqüência, as jurídicas, começou a formular as justificações teóricas para o poder do Estado, dentro do qual se insere o poder de punir. O expoente desse movimento foi o jurista italiano Cesare Beccaria que, em sua célebre obra “*Dos delitos e das penas*”, condensou a vontade de ruptura com o poder absolutista até então reinante. A justificativa para a sanção penal não poderia estar na violação de algum poder divino, ou na afronta ao poder do príncipe, mas deveria remeter a uma necessidade da comunidade.

Influenciado pela teoria do contrato social, escreveu Beccaria:

“A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo”.¹¹

Inaugurada essa nova fase nas ciências criminais, foi questão de tempo até que se iniciasse a construção teórica do bem jurídico.

Superando a idéia de Feuerbach de que o delito consistia na violação de direitos subjetivos, Birnbaum foi quem primeiro deu caráter científico à concepção de que o direito penal deveria tutelar interesses de alto relevo da comunidade, embora ainda não tivesse cunhado a expressão bem jurídico.

Karl Ludwig Lorenz Binding, posteriormente, buscando traçar as bases desse instituto, trouxe a idéia de que “o bem jurídico não é reconhecido pela norma jurídica, mas, sim, se encontra estabelecido na norma jurídica, fazendo parte dela”.¹² De um ponto de vista estritamente positivista, o

¹⁰ Para as diversas classificações quanto à função do bem jurídico penal (teleológica, individualizadora, sistemática, axiológica, exegética, crítica, etc), vide compilação realizada por HAVRENNE, Michel François Drizul, *Imputação objetiva e bem jurídico difuso*, São Paulo, 2006, dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p.41 e seguintes.

¹¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo : Hemus, 2005, p.15.

¹² SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n.39, jul./set. 2002, p.127.

jurista alemão via o bem jurídico como criação do direito, e não como o reconhecimento de uma realidade natural preexistente que fosse passível tão-só de ser acolhida pelo ordenamento.

Contra esse entendimento postou-se Franz Von Liszt, para quem o bem jurídico não pode ser perfeitamente compreendido de uma ótica estritamente formal, sendo indispensável a identificação de seu núcleo material. As normas penais certamente garantem a proteção contra violações, mas “não são estas que criam o bem jurídico. Ao contrário, este já preexiste”.¹³ Essa concepção preconiza o valor do substrato material do injusto, que não poderia se resumir à norma penal, já que violação da norma não se confundiria com ofensa ao bem jurídico. Conforme assinalado por Gianpaolo Poggio Smanio, a escola positivista-naturalista de Liszt “traz um conceito material de bem jurídico, afirmando que este encontra sua origem em um interesse da vida, existente anteriormente ao direito, que surge das relações sociais, ou seja, é uma realidade protegida pelo direito”. E prossegue: “o interesse, portanto, não é gerado pelo ordenamento jurídico, mas sim pela vida”.¹⁴

Posteriormente, a evolução do conceito de bem jurídico-penal sofreu influência dos filósofos neokantianos, para os quais o bem jurídico não poderia se identificar com o interesse social, mas deveria ser apreendido de uma abordagem gnosiológica. Com a construção racional do bem jurídico passando para o ambiente metafísico, abria-se caminho para que a norma criasse tipos penais que tutelariam quaisquer assim denominados “bens”, haja vista a facilidade para se justificar a necessidade de proteção a interesses em um nível lógico-formal.

Em meados do século XX, Hans Welzel, na elaboração da teoria finalista da ação, retoma o conceito de bem jurídico como reflexo das relações sociais. Para o jurista alemão, “a proteção aos bens jurídicos proporciona uma manutenção dos valores ético-sociais presentes em uma comunidade. A missão primordial do direito penal consiste em assegurar a valia desses elementos, mediante a aplicação da sanção”.¹⁵

A compreensão do bem jurídico como garantidor de interesses caros ao corpo social se consolidou como a que melhor atribui legitimidade ao

¹³ HAVRENNE, Michel François Drizul, Imputação objetiva..., cit., p.33.

¹⁴ A tutela penal..., cit., p.128.

¹⁵ Hans Welzel, apud HAVRENNE, Michel François Drizul, Imputação objetiva..., cit., p.35.

sistema criminal, integrando o injusto penal e servindo como pressuposto para a aplicação da sanção. Dessa acepção material de delito Claus Roxin deriva importantes conseqüências, como a exclusão das meras imoralidades e das infrações de normas administrativas do âmbito do direito penal.¹⁶

Nesse passo, é de se perguntar: quais os parâmetros para a eleição, pela norma penal, dos bens jurídicos a serem tutelados? Vale dizer: haveria condicionantes ao legislador no momento de escolher o objeto de proteção do direito penal?

Em face desse problema, Roxin reconhece a existência de restrições normativas prévias à positivação de bens jurídicos, e elas derivariam unicamente da constituição. Tendo sido a carta política aceita pela comunidade como depositária de seus valores e aspirações, os interesses sociais mais importantes aos cidadãos estariam plasmados nos princípios constitucionais, e seriam estes os parâmetros indispensáveis na escolha dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados.¹⁷O legislador penal não poderia criar tipos penais arbitrariamente, mas deveria extraí-los das normas constitucionais.¹⁸Nas palavras de Luciano Feldens,

“a decisão política de que se cogita *não reside de forma incondicionada nas mãos do legislador ordinário*”, o qual absolutamente não dispõe de uma liberdade irrestrita de conformação. Balizas existem, fixadas que foram pelas diretrizes concebidas na ordem constitucional instituidora do Estado democrático de direito”.¹⁹

Certamente isso não significa que a cada tipo penal deva corresponder uma norma constitucional específica, sob risco de engessamento do sistema. Os princípios constitucionais, em realidade, atuam como diretriz político-criminal (Roxin) e norteiam a atividade do legislador infraconstitucional, traçando as balizas daquilo que o constituinte originário estabeleceu como valores fundamentais do Estado. Nesse sentido, é de curial importância a

¹⁶ ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Madrid : Civitas, 2001, p.53.

¹⁷ Derecho penal..., cit., p.55-56.

¹⁸ Com opinião diversa SMANIO, Gianpaolo Poggio, A tutela penal..., cit., p.138 e seguintes.

¹⁹ FELDENS, Luciano. Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002, p.42.

dinamicidade do conceito de bem jurídico, que assume “feição mutável, compatível com o passar do tempo e a evolução da ciência jurídica”.²⁰

Em tempo presente, a mutação que se vislumbra é o avanço da teoria do bem jurídico sobre o campo dos interesses supra-individuais.

3. OS BENS JURÍDICOS DIFUSOS

A evolução das ciências criminais vem revelando que a proteção tradicionalmente assegurada pelo direito penal não se adapta às necessidades atuais do mundo globalizado. São cada vez mais comuns os perigos advindos de uma sociedade de risco, em que os sujeitos históricos do delito (ativo e passivo) se diluem em grandes corporações, nas massas de indivíduos e nos sistemas de poder que tornam ineficientes os tradicionais mecanismos de controle social.

Essa realidade advém, por um lado, das novas atividades desenvolvidas pela sociedade pós-industrial, com a massificação da produção e do comércio, das atividades extrativistas, do fluxo contínuo de pessoas e de bens; e, por outro, da crescente preocupação da comunidade com interesses até pouco tempo inexistentes, como a atenção a um meio ambiente equilibrado ou à saúde financeira dos mercados de bens e de capitais.

Os Estados soberanos, visando a recuperar a capacidade de reagir aos riscos apresentados por essa sociedade globalizada, elaboram e aperfeiçoam continuamente mecanismos jurídicos de controle para assegurar a estabilidade das relações sociais. É daí que surgem e se justificam as organizações internacionais de regulação, como a Organização Mundial do Comércio e a Organização Internacional do Trabalho, os Tribunais internacionais contenciosos ou de arbitragem e os tratados de cooperação internacional. No âmbito interno, os países cada vez mais estruturam agências para regulação e combate a desvios em searas como o meio ambiente e o mercado financeiro, em especial visando a protegê-los da ação de organizações criminosas.

É nesse cenário que ganham corpo os bens jurídicos difusos, cujo interesse é deslocado da pessoa do indivíduo para toda a coletividade. Não apenas os bens historicamente protegidos pelas normas penais continuam a ter importância, como também são agregadas novas classes de interesses

²⁰ HAVRENNE, Michel François Drizul, Imputação objetiva..., cit., p.35.

à ordem jurídico-penal, das quais o meio ambiente e a ordem econômica são os principais expoentes.²¹ Jescheck, em uma acepção moderna, propõe a classificação dos bens jurídicos do seguinte modo:

“Há bens jurídicos da pessoa individual (bens jurídicos individuais) (v.g. a vida, a liberdade, a propriedade), entre os quais formam um subgrupo os bens jurídicos personalíssimos (v.g. a integridade corporal e a honra), e bens jurídicos da coletividade (bens jurídicos universais) (v.g. a proteção dos segredos de Estado, a segurança do tráfego viário e a autenticidade do dinheiro).²²

Embora a doutrina ainda não tenha alcançado um conceito hermético e definitivo de bem jurídico, é de se destacar que, em essência, o bem jurídico é uno, sendo que a classificação entre bens individuais e supra-individuais tem por escopo uma melhor operacionalização dos sistemas processual e penal material, dadas as relevantes diferenças de caracteres entre aqueles. Assim também alguns delitos que se definem como ofensivos a bens difusos são há muito conhecidos, mas costumam ser abordados através das concepções clássicas de direito penal. Essa preocupação é manifestada por Jorge de Figueiredo Dias, ao rejeitar uma “ilegítima restrição da noção de bens jurídico-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”.²³

Os bens jurídicos difusos ou supra-individuais diferem dos tradicionais bens jurídicos individuais por atingirem um grande número de pessoas ou a coletividade em si considerada. Muitas vezes sofrem ataques por meio de ações ilícitas empreendidas através de pessoas jurídicas. São, por exemplo, os crimes do colarinho branco praticados contra o sistema financeiro, os crimes contra o consumidor ou a economia popular, os crimes contra o meio ambiente, contra os sistemas de informação, os crimes contra a ordem política. Em todos esses, exemplos fica claro não se constatar um sujeito

²¹ Ivete Senise Ferreira observa: “Daí porque a tutela penal ambiental surge como uma das atuações prioritárias do Estado organizadas em torno dos interesses difusos da sociedade, objeto da atenção maior do legislador para o aperfeiçoamento do sistema legal, preventivo ou repressivo, que no direito penal moderno procura atender aos anseios de criminalização ou descriminalização de certas condutas, de acordo com a sua relevância ou atualidade (Tutela penal do patrimônio cultural. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p.69).

²² JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal: parte general. 4 ed. Granada : Comares, 1993, p.234 (tradução livre).

²³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p.74.

passivo definido, podendo, eventualmente, também existir.²⁴

Assim que a ordem econômica e o meio ambiente, dentre outros, são dois dos principais bens jurídicos difusos e os que têm sido mais vulnerados atualmente. Encontram seu fundamento na constituição federal²⁵, e sua proteção penal em diversas leis ordinárias, dentre elas a que define os crimes contra o sistema financeiro²⁶, contra a ordem tributária²⁷, a lei de lavagem de dinheiro²⁸ e a lei de crimes ambientais²⁹.

Ainda tangenciando a fundamentação constitucional do bem jurídico, é de se cogitar ser possível falar em imposições constitucionais de criminalização, ou seja, se existem valores de alta relevância para a constituição que impõem ao legislador ordinário o dever de tutelar determinados bens jurídicos por meio da norma penal. Claus Roxin aborda o tema com o seguinte questionamento: o legislador pode estar obrigado a sancionar penalmente lesões a bens jurídicos?

Embora reconheça a existência de diretrizes político-criminais de criminalização pautadas pela constituição, Roxin prefere manter-se cauteloso quanto a afirmar ser possível identificar um dever do legislador em tipificar determinadas lesões ou risco de lesões a bens jurídicos. Registra ser do “prudente critério do legislador decidir se quer proteger um bem jurídico penalmente ou com meios de direito civil e de direito público”.³⁰

Contrastando essa opinião, Luciano Feldens, com base no magistério de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, defende a existência de *zonas de inequívoca danosidade social*, que surgiriam quando fosse possível extrair da constituição um direito fundamental a uma tutela penal. O argumento do autor é o seguinte: admitida a fundamentação constitucional dos bens jurídicos, dentre todos os valores albergados pela norma superior do Estado aqueles mais sensíveis aos interesses da comunidade (em especial os bens jurídicos supra-individuais) gerariam uma imposição legislativa

²⁴ Identificar o sujeito passivo nesses casos como sendo o Estado, “personificação” dos interesses da comunidade, não contribui para a evolução analítica do problema, pois o jogo de palavras tira o foco dos verdadeiros prejudicados (os membros do corpo social) e dificulta a formulação de soluções baseadas nesse discrimen fundamental, a nature-za difusa das pessoas afetadas.

²⁵ Art.170 e seguintes e art.225.

²⁶ Lei 7.492/86.

²⁷ Lei 8.137/90.

²⁸ Lei 9.613/98.

²⁹ Lei 9.605/98.

³⁰ ROXIN, Claus. Derecho penal..., cit., p.64.

de criminalização. Esse ponto de vista passa pelo reconhecimento de que a constituição protege não apenas os direitos individuais fundamentais, mas também os direitos supra-individuais, exigindo dos cidadãos, em contrapartida, alguns *deveres coletivos*.³¹

Maria da Conceição Ferreira da Cunha, nesse passo, assevera:

“É verdade também que, face a uma conduta com dignidade e carência de tutela penal, a atitude do legislador deverá ser a criminalização, pois, provados estes pressupostos, se não criminalizar tal conduta, estará a desproteger um bem fundamental que não obtém tutela suficiente por outro meio e em relação ao qual o direito penal era capaz de conferir protecção”.³²

Nesse sentido, exemplos são encontrados na constituição brasileira. Veja-se que o artigo 5º da carta, tradicional rol de proteção de direitos individuais, nem por isso deixa de impor deveres ao legislador infraconstitucional, ao prever que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível; que lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos; que constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático.³³ Além disso, a constituição traz norma impositiva em relação aos delitos praticados contra a criança e o adolescente.³⁴ Especificamente em relação ao meio ambiente, bem difuso por

³¹ FELDENS, Luciano. Tutela..., cit., p.94-98. Em outra passagem, assim registra o autor: “os crimes assim chama-dos do “colarinho branco”, de que são exemplos eloqüentes a sonegação fiscal, a evasão de divisas, a lavagem de dinheiro, etc., são aqueles que, ao lado dos delitos (que atentam diretamente) contra a vida e também daqueles ou-tros que de uma forma ou de outra tolham (também diretamente) a liberdade e a dignidade do indivíduo, merecem uma especial reprovação, por lesarem de forma real – em não apenas potencial – a sociedade brasileira, atentando, inclusive, contra os mais caros objetivos e fundamentos do Estado democrático de direito, dentre os quais sobressai-se a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CRFB). A esses delitos há se reservar, como imposição lógica, as mais graves sanções propiciadas pelo sistema de direito penal, juntamente com aqueles que tangenciam a própria condição humana, em seus atributos físicos (incolumidade da vida e da saúde) e morais (dignidade) (p.88).

³² Apud FELDENS, Luciano. Tutela..., cit., p.98.

³³ Respectivamente, incisos XLII, XLIII e XLIV.

³⁴ Art.227, §4º, CF/88: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

excelência, prevê-se expressamente a necessidade de tipificação penal de condutas lesivas.³⁵ A aceitação de imposições constitucionais de criminalização é admissível tanto do ponto de vista zetético como dogmático. A obrigatoriedade de tipificação de delitos extraída diretamente da constituição não viola o princípio da subsidiariedade do direito penal, pois nesse caso a valoração da necessidade de proteção do bem jurídico por norma penal já foi realizada pelo constituinte, cabendo ao legislador penal apenas a estruturação do crime.³⁶ Dogmaticamente, os exemplos arrolados são a comprovação de que não se exclui, em absoluto, a existência das cognominadas zonas inequívocas de danosidade social.³⁷

Corroborando esse ponto de vista, Hassemer destaca que os bens supra-individuais abrangem áreas de tamanha sensibilidade que têm o condão de atrair o direito penal não como *ultima ratio*, mas como *prima ratio* para o fim de sua proteção. É tamanha a vulnerabilidade da comunidade perante condutas efetiva ou potencialmente lesivas a esses bens difusos que sua proteção carece de extrema proteção, tal como os valores mais caros para o indivíduo isoladamente considerado (vida, liberdade, incolumidade corporal), clamando pela proteção penal. Assim se expressa o jurista alemão:

“Nestas áreas se espera a intervenção imediata do direito penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do direito penal é

³⁵ Art.225, §3º, CF/88: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

³⁶ Nesse sentido também a asserção de Gianpaolo Poggio Smanio: “O critério pelo qual são impostas as obrigações constitucionais não é outro senão a relevância do bem jurídico, que se traduz na necessidade de sua tutela penal” (A tutela penal constitucional, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 10, n.39, jul./set. 2002, p.141).

³⁷ Evaristo de Moraes Filho assim pontua: “É uma curiosa coincidência que esse movimento da intervenção mínima tenha ganhado incremento exatamente na fase em que o direito penal está democratizando, exatamente na fase em que o direito penal está deixando de alcançar tão-somente aqueles delinqüentes etiquetados seletivamente, que constituem a clientela tradicional do sistema repressivo. Na hora em que o direito penal começa a se voltar contra uma outra clientela, a que pratica os crimes contra a ordem econômica e contra a economia popular, fala-se em descriminalização, despenalização, desjudicialização” (Conferência sobre “crimes contra a economia popular”, Direito penal dos negócios, coletânea de vários autores publicada pela A.A.S.P., 1990, p. 110, apud CARVALHO, Márcia Dome-tila Lima de, Da fundamentação constitucional do direito penal e da relevância do crime econômico e ambiental, São Paulo, 1990, Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p.110).

simplesmente cancelado, para dar lugar a um direito penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas. (...) Já não se trata mais de proteção de ultrapassados bens jurídicos individuais concretos, como a vida e a liberdade, mas dos modernos bens jurídicos universais, por mais vaga e superficial que seja a sua definição: saúde pública, regularidade do mercado de capitais ou a credibilidade de nossa política externa”³⁸

Sem ignorar os problemas que decorreriam dessa opção, Hassemer propõe a construção de um novo ramo do direito, que seria denominado “direito penal de intervenção”. Ele estaria situado entre o direito penal e o direito administrativo, uma vez que reconhece as formas penais clássicas como inapropriadas para as modernas práticas delitivas, ao mesmo tempo em que não poderia prescindir de meios eficientes de controle não ofertados pelo direito administrativo. Abrindo mão da pena privativa de liberdade, o direito penal de intervenção poderia se dedicar exclusivamente à tutela dos bens supra-individuais, combatendo em especial a criminalidade econômica e ambiental, com ferramentas mais céleres e eficazes, sem o risco de que o direito penal tradicional retroceda em importantes garantias do indivíduo no campo da criminalidade clássica.³⁹

Enquanto não se resolve esse intrincado problema entre direito penal clássico e criminalidade organizada moderna, quiçá por meio de um novo ramo do direito, trabalheemos com o instrumental jurídico atualmente disponível para a proteção dos bens jurídicos difusos.

³⁸ HASSEMER, Winfried. Três temas de direito penal. Porto Alegre : Escola superior do Ministério Público, 1993, p.47-48.

³⁹ Cezar Roberto Bitencourt, com a mesma preocupação, assim se posiciona: “Concluindo, o direito penal não pode – a nenhum título e sob nenhum pretexto – abrir mão das conquistas históricas consubstanciadas nas garantias fundamentais referidas ao longo deste trabalho. Por outro lado, não estamos convencidos de que o direito penal, que se fundamenta na culpabilidade, seja instrumento eficiente para combater a moderna criminalidade, inclusive a delinqüência econômica. A insistência de governantes em utilizar o direito penal como panacéia de todos os males não resolverá a insegurança de que é tomada a população, e o máximo que se conseguirá será destruir o direito penal se forem eliminados seus princípios fundamentais. Por isso, a sugestão de Hassemer, de criação de um direito de intervenção, para o combate da criminalidade moderna, merece, no mínimo, uma profunda reflexão” (Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 3, n.11, jul./set. 1995, p.127).

4. TUTELA PENAL MATERIAL DE BENS JURÍDICOS DIFUSOS: OS CRIMES DE PERIGO.

A proteção penal aos bens jurídicos difusos demanda a admissibilidade dos delitos de perigo, em especial na modalidade de perigo abstrato.

Conforme se analisou, a legitimidade de um sistema penal em um contexto democrático passa necessariamente pela aceitação da teoria do bem jurídico. Os princípios da lesividade ou ofensividade são os corolários dessa afirmação: apenas poderá existir sanção caso haja lesão efetiva ou risco de lesão a um bem jurídico. Todo o resto seria manifestação de uma opressão estatal arbitrária, não fundada em um sistema garantista.

Se a concretização do princípio não gera maiores dúvidas em relação aos crimes de dano, nos quais é fácil constatar a lesão ao bem jurídico e, portanto, justificar a aplicação da sanção, a questão se torna nebulosa quando se adentra a categoria dos crimes de perigo. Nesses casos, seria dispensável a efetiva ocorrência do dano para a imputação da responsabilidade, bastando ser aferido o risco de sua ocorrência. Todavia, até que ponto, ou em que medida, seria legítima a criminalização desse risco?

A polêmica remete ao embate entre os chamados crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Para os defensores de um direito penal com viés garantista, com primazia dos direitos individuais, quando muito apenas os delitos de perigo concreto seriam admissíveis. Nesse caso, seria indispensável identificar na conduta do agente a efetiva criação de um risco não permitido ao bem jurídico tutelado. Via de regra, o bem jurídico vem descrito no próprio tipo penal (por exemplo, dirigir embriagado expondo a risco potencial a incolumidade do trânsito de veículos).

Os crimes de perigo abstrato, por sua vez, prescindiriam da comprovação de um risco efetivo de dano no caso posto em apreciação. Preenchido o tipo penal, estaria presumido o risco. No mais das vezes, o bem jurídico não chega sequer a integrar a descrição típica, servindo apenas como fundamento de sua criação (no mesmo exemplo, dirigir embriagado. Presume-se que essa conduta, por si só, gera um risco não tolerado pelo ordenamento jurídico, independentemente da exposição de algum bem a risco de dano no caso concreto).⁴⁰

⁴⁰ Foi a opção do legislador pátrio na alteração do art.306 do código de trânsito brasileiro, empreendida pela lei 11.705/08, ao descartar a necessidade de comprovação de um perigo concreto na condução de veículo automotor sob a influência de álcool. Primeiramente, transcreve-se a redação

A extensão a ser dada ao princípio da lesividade é que irá justificar a aceitação dos crimes de perigo abstrato ao lado dos delitos de perigo concreto. Essa interpretação passa, obrigatoriamente, pela maior ou menor relevância que se dê ao desvalor da ação em face do desvalor do resultado. Sobre esse ponto, transcreve-se o magistério de Claus Roxin:

“(…) tampouco se renuncia à exigência de proteção de bens jurídicos pelo fato de se destacar que o direito penal, com suas proibições, quer assegurar valores da ação (como o respeito à vida, à propriedade alheia, etc.). Isso é totalmente correto na medida em que a manutenção dos valores da ação serve para a proteção dos bens jurídicos a que os mesmos se referem. Somente está vedada a proteção de valores da ação (...) cuja referência não tenha referência alguma com um bem jurídico”⁴¹

A preocupação de Roxin, com absoluta razão, é com a criação de bens jurídicos cada vez mais incompreensíveis, com figuras criminalizadoras cada vez mais amplas, capazes de trazer para o campo da ilicitude condutas inofensivas a quem quer que seja, indivíduo ou corpo social. A fim de evitar desvios dessa sorte, demanda-se o máximo de clareza tanto na descrição do tipo quanto na identificação do bem jurídico protegido.⁴² Além disso, o jurista sugere que um caminho seguro para a aferição qualitativa dos tipos penais de perigo passa pela preservação dos postulados tradicionais de imputação, em especial a exigência da manutenção da referência a um bem jurídico sempre e em qualquer caso.⁴³

Essa tendência preventiva do direito penal através da criação dos crimes de perigo também não passou despercebida de Francis Rafael Beck,

antiga: “Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Agora, a nova redação do art.306: “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psico-ativa que determine dependência”.

⁴¹ ROXIN, Claus. Derecho penal..., cit., p.60, tradução livre.

⁴² Problema usual que decorre do mau emprego dos crimes de perigo abstrato é o denominado “simbolismo penal”, típico de legislações de emergência, que tipificam condutas sem referencial a qualquer bem jurídico apenas para saciar o clamor social, na maior parte das vezes sem nenhum resultado prático a não ser o aumento da opressão policial.

⁴³ Citando Herzog, faz um alerta: “pôr em perigo o direito penal mediante o direito penal do pôr em perigo” (Derecho penal..., cit., p.60, tradução livre).

ao ressaltar que o medo causado pelo crime organizado faz com que “o direito penal passe a antecipar drasticamente a sua função repressiva”.⁴⁴ E, de fato, é exatamente disso que se trata: ao antecipar a punibilidade, o direito busca a preservação dos bens jurídicos antes que se consuma sua efetiva lesão, quando, já tarde, realmente apenas a função repressiva terá restado, pois a preventiva não teve a eficácia esperada. Não significa, como defende o autor em referência, uma via de “facilitação” da punibilidade, mas de necessidade de assegurar a determinados bens jurídicos o máximo de proteção. Veja-se, a propósito, que a punição do crime tentado desde muito é aceita sem maiores questionamentos, apesar de, no fundo, tratar-se de típico crime de perigo.

Ainda que não seja a melhor opção para a proteção dos bens jurídicos individuais clássicos, fato é que, ao se alçar os interesses supra-individuais à categoria de bens jurídicos difusos, evidencia-se a indispensabilidade da formulação dos delitos de perigo para sua efetiva tutela. Embora não se aceite em sua plenitude a corrente do direito penal funcional, é difícil deixar de vislumbrar o viés funcionalista dos crimes de perigo abstrato com vistas à preservação dos bens jurídicos difusos.⁴⁵

Nos casos que se costuma destacar, ordem econômica e meio ambiente, pois que os mais importantes, salta aos olhos a relevância dos crimes de perigo abstrato a fim de se tentar alcançar a efetividade do imperativo de proteção. Partindo-se da premissa de que a preservação desses dois setores é dever do ordenamento jurídico, inclusive da seara penal, não se consegue cogitar outro modo de abordar o problema que não através dos crimes de perigo. Como identificar o dano (ou perigo concreto de dano) em práticas ilícitas no mercado financeiro quando, por exemplo, não se consegue sequer aferir o prejuízo causado ou este é tão disperso que se torna impossível a quantificação das vítimas, nitidamente difusas? É o caso, por exemplo, do tráfico de informações privilegiadas no mercado de capitais, algo inimaginável alguns anos atrás. Pensando no meio ambiente, como mensurar o dano ambiental de práticas poluentes ilícitas que, conquanto

⁴⁴ BECK, Francis Rafael. Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização de garantias. São Paulo : IBCCRIM, 2004, p.101.

⁴⁵ Cezar Roberto Bitencourt, de forma concisa, assim define essa corrente de pensamento: “Funcional significa política de controle de condutas criminosas mediante instrumentos eficazes do direito penal” (Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 3, n.11, jul./set. 1995, p.123).

não causem nenhum dano imediato ao ar ou às águas, ao longo dos anos terão impacto catastrófico para as gerações vindouras?

São infundáveis os exemplos de formas de agressão a esses novos bens jurídicos que, ao serem analisados do prisma do direito penal clássico, ou demandarão grandes contorcionismos teóricos ou quedarão desprotegidos diante da dificuldade para a aplicação da sanção penal. A exigência da comprovação do dano, ou do risco concreto de dano, em casos como tais, retira a eficiência de qualquer sistema repressivo que almeje atender aos mandamentos constitucionais de preservação do meio ambiente e da ordem econômica e social. É não apenas recomendável como imprescindível que os delitos de perigo sejam especialmente utilizados para tutelar os bens difusos por excelência, pois, ao ressaltarem o desvalor da ação com o referimento sempre presente ao bem jurídico, otimizam seu escopo protetivo sem romper com regras legítimas de imputação.⁴⁶ Raul Peña Cabrera, conquanto não comungue desse entendimento, resume bem essa necessidade: “trata-se de substituir os delitos de perigo concreto, pois a prova do perigo efetivo suscitaria, na prática, as mesmas dificuldades da prova de dano”.⁴⁷

Em suma, no âmbito do direito penal material, a formulação de crimes de perigo abstrato mostra-se, à falta de outro instrumento que assegure a possibilidade de dosagem de eficiência e garantia de modo mais equilibrado, a solução possível no atual estágio de desenvolvimento das ciências penais.

5. TUTELA PROCESSUAL PENAL DE BENS JURÍDICOS DIFUSOS.

Não apenas o direito penal pode contribuir com a tutela dos bens jurídicos difusos, como também é de grande valia o instrumental apresentado pelo direito processual penal.

Embora não tenha a mesma tradição ou desenvolvimento teórico que encontra no processo civil, a tutela coletiva igualmente é possível de ser

⁴⁶ É nesse contexto que surge como proposta de solução a teoria da imputação objetiva, que tem como um de seus principais pilares o fator risco. Sobre o tema, veja-se o estudo de HAVRENNE, Michel François Drizul, *Imputação objetiva e bem jurídico difuso*, São Paulo, 2006, Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁴⁷ CABRERA, Raul Peña. *El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n.11, jul./set. 1995, p.45 (tradução livre).

exercitada no curso de um processo criminal. E não apenas com referência à persecução de um delito que tenha afetado um bem difuso, mas com efetiva participação processual de entidades de caráter coletivo, com faculdades e ônus típicos de um sujeito processual.

Ilustrativamente, vale ser descrita a experiência do direito processual penal da Itália. Naquele país, enquanto na vigência do antigo *codice Rocco*, já se admitia a participação de entidades coletivas no processo penal. Como não havia regramento específico, equiparava-se a associação civil de finalidade social ao particular que tivesse sofrido um prejuízo em virtude do delito, fosse o ofendido ou não. Esse instituto era denominado “constituição de parte civil”, e permitia que, independentemente de processo autônomo na esfera cível, fosse desde já reconhecida e liquidada a obrigação de reparar o dano no próprio processo criminal. Admitia-se, por ficção, que a pessoa jurídica tivesse sofrido prejuízo por ofensa aos bens jurídicos que seus estatutos visavam a proteger. Embora não fosse o ideal, era o embrião da participação de entidades coletivas no processo penal.

Atualmente, com o advento do *codice di procedura penale* de 1988, ainda em vigor, há densa e específica regulamentação da participação de entidades coletivas no processo penal.⁴⁸ Não mais é preciso recorrer ao argumento da ofensa aos fins estatutários para a aceitação do ente coletivo no processo: a autorização parte do reconhecimento da necessidade de tutela do interesse público, objetivo que pode não estar sendo totalmente atingido pelo Ministério Público em virtude de carência de infra-estrutura ou de pessoal especializado em questões de alta complexidade.⁴⁹ A participação da entidade coletiva é denominada de “intervenção” e, pelas suas faculdades processuais, pode-se assemelhá-la à

⁴⁸ Trata-se dos artigos 91 e seguintes do código de processo. Transcreve-se o primeiro dos artigos: “Art.91. Gli enti e le associazioni senza scopo di lucro ai quali, anteriormente alla commissione del fatto per cui si procede, sono state riconosciute, in forza di legge, finalità di tutela degli interessi lesi dal reato, possono esercitare, in ogni stato e grado del procedimento, i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato”.

⁴⁹ Como muito bem pontuado pelo jurista italiano Alberto de Vita, a aceitação das entidades coletivas no processo penal “é uma escolha radicada no conhecimento de que as exigências de tutela manifestada por uma sociedade civil rica e articulada não podem continuar a ser sintetizadas e expressadas exclusivamente pelo Ministério Público, órgão cuja ação monopolista cumpre uma vasta área, mas que pode resultar diluída, ou seja, intermitente e menos incisiva, em relação a possíveis acusações privadas: em um sistema acusatório que se move pelo pressuposto da ‘divisão do conhecimento’, um déficit dessa natureza seria ainda menos aceitável” (La tutela degli interessi diffusi nel processo penale. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, ano XL, fasc. 3, jul./set. 1997, p.847, tradução livre).

nossa figura do assistente de acusação. Para ingressar no processo, deverá ter a anuência do ofendido e, uma vez admitida, poderá exercer as mesmas faculdades processuais deste, como requerer e participar da produção de provas, interpor recurso ou até mesmo ingressar com ação penal subsidiária.⁵⁰

A experiência italiana no processo penal encontra-se em estágio de desenvolvimento bastante superior à realidade processual brasileira. Enquanto em nosso processo civil há normas e ações coletivas em profusão, não há tradição jurídica ou mesmo um conjunto de dispositivos que regulamente a participação das entidades que visam à proteção de bens difusos no processo penal.

A lei 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional (também conhecida como lei dos crimes do colarinho branco), traz um pouco conhecido dispositivo que caminha no sentido de incorporar as pessoas jurídicas como assistentes de acusação no processo penal. Trata-se de seu artigo 26, que prevê a assistência da Comissão de Valores Mobiliários ou do Banco Central caso os crimes recaiam sobre seu campo de fiscalização.⁵¹

Especificamente no que se refere à tutela coletiva por entidades da sociedade civil, o código de defesa do consumidor (lei 8.078/90) estabelece de modo expresso que será admitida a assistência em processo criminal, no caso de crimes previstos por aquela lei ou outros que envolvam relações de consumo, por parte das entidades associativas e até mesmo por órgão da administração pública não dotado de personalidade jurídica própria (caso de muitos Procons). Ressaltou o CDC, à toda clareza, a importância da tutela coletiva na fase processual da persecução penal, atuando ao lado do Ministério Público.⁵²

⁵⁰ Ainda segundo as observações de Alberto de Vita, os entes coletivos, “na maioria das vezes, não possuem algum título para exercitar a ação ressarcitória, e por essa razão o código processual lhes atribui (e não ao ofendido) ‘um direito de estar no processo’ em posição diversa daquela da parte, mas com adequados poderes de produção probatória” (La tutela..., cit., p.850, tradução livre).

⁵¹ É o seguinte o texto do dispositivo: lei 7.492/86, Art. 26. “A ação penal, nos crimes previstos nesta lei, será pro-movida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal. Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 268 do código de processo penal, aprovado pelo decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, será admitida a assistência da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, quando o crime tiver sido praticado no âmbito de atividade sujeita à disciplina e à fiscalização dessa Autarquia, e do Banco Central do Brasil quando, fora daquela hipótese, houver sido cometido na órbita de atividade sujeita à sua disciplina e fiscalização”.

⁵² Lei 8.078/90, Art.80. “No processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assis-

Embora seja possível identificar essas duas previsões específicas, para crimes financeiros e delitos contra as relações de consumo, o código de processo penal em vigor não traz qualquer previsão no sentido de serem aceitas pessoas jurídicas como assistentes de acusação, que podem ser apenas o ofendido, seu representante legal ou sucessores. É possível imaginar que, em interpretação ampliativa do art.80 do código de defesa do consumidor, também se admita a participação das entidades civis no processo penal como assistentes de acusação nos demais tipos de crimes contra bens difusos, embora se reconheça que o melhor caminho é contar com regramento específico, geral e não casuístico, no próprio corpo do código de processo penal.⁵³

Quando estiver consolidada a participação de entidades coletivas no processo penal, atuando como tutoras dos bens jurídicos supra-individuais ao lado do Ministério Público, será o momento de se pensar até mesmo nos benefícios de se proceder à reparação pelo dano coletivo nos próprios autos da ação penal, mormente após a nova redação do art.387, IV, do código de processo penal.⁵⁴ Nada impede, pois, que o dano ambiental, econômico ou social decorrente de delito ofensivo a bens difusos seja reconhecido e liquidado na própria sentença penal, passando-se diretamente para a fase de ressarcimento com a execução do julgado no juízo cível, de acordo com a nova redação do art.63, parágrafo único, do código de processo.⁵⁵

tentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, inciso III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal”.

⁵³ Veja-se, por exemplo, que o código de defesa do consumidor ressalta expressamente a possibilidade de ingresso com ação penal de iniciativa privada subsidiária para os crimes contra as relações de consumo. Caso não se admita essa mesma hipótese nos demais delitos que atentem contra bens difusos, não haverá qualquer sujeito passivo (pessoa física) legitimada a assumir a posição de ofendido e, por conseguinte, a manejar a ação subsidiária. No outro extremo, qualquer cidadão brasileiro poderia reclamar sua posição de ofendido e, portanto, estaria legitimado a pro-por a ação penal ou a ingressar no processo como assistente, revelando novamente a pouca adequação de institutos clássicos de direito para lidar com os problemas atuais.

⁵⁴ A lei 11.719/08 alterou diversos dispositivos do código de processo, entre eles o mencionado inciso que, a partir de 22.08.2008, passou a ter a seguinte redação: “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.” Esse dispositivo tem levantado algumas questões interessantes como, por exemplo, saber quem é o legitimado a requerer o quantum indenizatório (ofendido ou Ministério Público) ou se o juiz pode ou deve fixar o valor de ofício, bem como se é cabível recurso apenas dessa parte da decisão.

⁵⁵ Art.63, parágrafo único, na redação dada pela lei 11.719/08: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do

A participação de entidades coletivas no processo penal, portanto, só tende a trazer ganhos na qualidade da prestação jurisdicional e na defesa da sociedade, quando esta vislumbrar que seus bens difusos tenham sido vulnerados.

6. CRIME ORGANIZADO E TUTELA COLETIVA.

As organizações criminosas tendem a ser os principais veículos de ataque aos bens jurídicos supra-individuais. De acordo com o paralelismo traçado nas primeiras linhas deste estudo, não se trata da criminalidade de massas que afeta o cidadão vítima de crimes violentos praticados por indivíduos ou bandos armados. A organização criminosa é dotada de uma nocividade social muito além dos crimes que assolam as grandes cidades de nosso país.

A conceituação de crime organizado ou de organização criminosa ainda gera acaloradas discussões, não se tendo chegado a um consenso doutrinário acerca de sua definição criminológica. No entanto, a fim de permitir um melhor estudo do objeto, costuma-se destacar as características comuns aos tipos mais conhecidos de organizações criminosas, o que, se não assegura uma pacificação terminológica, pelo menos permite uma aproximação conceitual.

Eduardo Araújo da Silva, estudando o crime organizado sob o enfoque do procedimento probatório, destaca as seguintes características das organizações criminosas: possuir estrutura piramidal, com alto poder de intimidação e corrupção, capaz de atingir grande acumulação de poder econômico, com conexões regionais ou internacionais e com necessidade de práticas de lavagem de dinheiro para legalizar o lucro obtido com as atividades ilícitas.⁵⁶

Os meios de investigação e de obtenção de prova utilizados no combate ao crime organizado provêm de novas formulações adequadas às modernas formas de perpetração de delitos. Além dos instrumentos tradicionais, surgem as técnicas de infiltração de agentes, a ação controlada, interceptação ambiental e colaboração processual.

No Brasil, a lei 9.034/95, com alteração empreendida pela lei 10.217/01, faz referência a organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.⁵⁷

caput do art. 387 deste código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”.

⁵⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. Crime Organizado: procedimento probatório. São Paul : Atlas, 2003, p.28-31.

⁵⁷ Lei 9.034/95, Art.1º. “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qual-quer tipo.”

Estabelecendo diversos procedimentos de investigação e de obtenção de prova, a lei, no entanto, não faz qualquer esclarecimento acerca do que vem a ser considerado como organização criminosa “de qualquer tipo”. Ao contrário, termina por equiparar os grupos que se enquadram nas características de crime organizado à tradicional figura da quadrilha ou bando, violando, por conseguinte, o princípio da proporcionalidade.

Data de tempo mais recente a incorporação ao ordenamento pátrio da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, cujo decreto que lhe deu executoriedade foi publicado em 15.03.2004.⁵⁸ Embora não seja da tradição de nossos operadores jurídicos valerem-se de tratados internacionais para a resolução de problemas concretos, fato é que se trata de norma plenamente em vigor e que tem a mesma eficácia de lei. É com base nesse contexto que se pode dizer que o Brasil detém, efetivamente, uma definição normativa de grupo criminoso organizado: “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.⁵⁹

Uma primeira leitura dessa definição poderia levar-nos à mesma conclusão de equiparar as organizações criminosas à figura da quadrilha ou bando, tal como já havia ocorrido na lei 9.034/95. Ocorre que esse caminho vai de encontro à opção (que nos parece mais legítima e consentânea com um Estado de direito) de reservar meios especiais de combate ao crime às hipóteses realmente sérias de vulneração de bens jurídicos. Essa postura choca-se com o princípio da proporcionalidade, ao que Hassemer identificou como meios de combate de altíssimo calibre para o enfrentamento de um fenômeno que, por partir de uma definição por demais abrangente e vaga, não deixa muita coisa de fora.⁶⁰

Não se pode aceitar que o discurso de combate à criminalidade organizada tome amplitude maior do que as reais necessidades de mecanismos de controle para atingir seus fins. Inexiste justificativa, por exemplo, para a

⁵⁸ A Convenção foi aprovada em Nova Iorque em 15 de novembro de 2000, tendo sido ratificada pelo Congresso Nacional em 29.05.2003 através do decreto legislativo n.º 231. Entrou em vigor para o Brasil em 28.02.2004, sendo o decreto executivo publicado no referido dia 15.03.2004, sob n.º 5.015. Em anexo a esta norma consta a versão em língua portuguesa do tratado.

⁵⁹ Art.2º, “a”, da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional.

⁶⁰ HASSEMER, Winfried. Segurança pública..., cit., p.58-59.

utilização de invasivos métodos de investigação para alguns delitos praticados por quadrilhas de forma pontual e sem grande potencial de lesividade, que sequer se aproximam de uma noção de organização criminosa.

É nesse contexto que o conceito de bens jurídicos difusos pode contribuir para o encaminhamento de uma solução no conflito entre meios de combate ao crime e garantia dos direitos individuais.⁶¹

Ao se admitir a existência de bens supra-individuais, com necessidade de proteção via tutela penal, é possível defender que um dos caracteres para a identificação de uma organização criminosa seja a prática de condutas ofensivas a bens jurídicos coletivos. A partir do momento em que se torne factível identificar a ofensa a um bem jurídico coletivo, então se estará aproximando do campo de abrangência do crime organizado, autorizando a utilização do aparato de repressão que lhe é próprio. Vem esse critério, assim, somar-se aos outros já desenvolvidos pela doutrina para a consolidação do rol de características que, ao serem gradativamente preenchidas pelo objeto em estudo, evidenciem tratar-se de uma organização criminosa.

Raul Peña Cabrera, com base nos ensinamentos de Costa Andrade, exemplifica de forma bastante elucidativa esse ponto de vista:

“freqüentemente, condutas em abstrato subsumíveis em previsões típicas de delitos clássicos, por exemplo, delitos contra o patrimônio, podem, em atenção às dimensões e impacto estratégico de seus danos, ou à agressividade dos meios empregados, converter-se – de acordo à idéia do caráter supra-individual de bem jurídico – em delitos contra a economia, como os danos que são ocasionados pela sabotagem econômica, ou as manipulações fraudulentas cometidas por meio de computadores”⁶²

⁶¹ Veja-se a seguinte passagem que endossa a linha de pensamento ora defendida: “o direito penal clássico encontra forte resistência para modelar a própria estratégia de prevenção e repressão do crime organizado, pois o modelo tradicional de ilícito penal era historicamente concentrado em um delito de evento ‘monosubjetivo’, lesivo de bens individuais. O crime organizado, pelo contrário, é por definição crime associativo, que pouco se exterioriza por meio de comportamentos lícitos, agressivos de interesses supra-individuais e imateriais, emergente de uma organização ramificada e presente no território graças à convivência dos poderes institucionais”. CASTALDO, Andrea R. La criminalidad organizada en Italia: la respuesta normativa y los problemas de la praxis. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.27, jul./set. 1999, p.19, apud SILVA, Eduardo Araújo, Crime..., cit., p.33).

⁶² CABRERA, Raul Peña. El bien juridico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 3, n.11, jul./set. 1995, p.43 (tradução livre).

Vê-se, logo, que, se por um lado, bens jurídicos difusos podem vir a ser atingidos por condutas empreendidas por particulares, por outro lado será um dos caracteres para o reconhecimento de uma organização criminosa que suas condutas afetem um ou mais bens jurídicos coletivos. Desse modo, evita-se uma maximização do processo penal no setor que deve ser menos invasivo (dos crimes contra bens individuais) e permite-se um endurecimento dos meios de investigação e produção de prova quando o dano potencial possa afetar toda a comunidade.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n.5, p. 5-24, jan./mar. 1994.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo : Hemus, 2005.
BECK, Francis Rafael. Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização de garantias. São Paulo : IBCCRIM, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 3, n.11, p. 118-127, jul./set. 1995.

CABRERA, Raul Peña. El bien juridico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 3, n.11, p. 36-49, jul./set. 1995.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Da fundamentação constitucional do direito penal e da relevância do crime econômico e ambiental. São Paulo, 1990. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CASTALDO, Andrea R. La criminalidad organizada en Italia: la respuesta normativa y los problemas de la praxis. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.27, jul./set. 1999. CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n.5, p. 25-36, jan./mar. 1994. FELDENS, Luciano. Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002.

FERREIRA, Ivete Senise. Tutela penal do patrimônio cultural. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

GASPAR, Antonio Henriques. Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio). In: Revista portuguesa de ciência criminal, Coimbra, ano 15, n.2, p. 257-265, abr./jun. 2005.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n.5, p. 55-69, jan./mar. 1994.

_____. Três temas de Direito penal. Porto Alegre : Escola superior do Ministério Público, 1993.

HAVRENNE, Michel François Drizul. Imputação objetiva e bem jurídico difuso. São Paulo, 2006. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal: parte general. 4 ed. Granada : Comares, 1993.

ROBINSON, Jeffrey. A globalização do crime. Rio de Janeiro : Ediouro, 2001.

ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Madrid : Civitas, 2001.

SILVA, Eduardo Araújo da. Crime Organizado: procedimento probatório. São Paul : Atlas, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual : interesses difuso. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 10, n.39, p. 125-147, jul./set. 2002.

_____. O conceito de bem jurídico penal difuso. In: Boletim de doutrina ADCOAS, São Paulo, v.7, n.20. p.393-394, out. 2004.

TAIAR, Júlio César. Ministério Público, sociedade e tutela penal dos direitos difusos. In: Boletim dos Procuradores da República, São Paulo, v.3, n.28, p. 30-31, ago. 2000.

VITA, Alberto de. La tutela degli interessi diffusi nel processo penale. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, ano XL, fasc. 3, p. 838-865, jul./set. 1997.

WELZEL, Hans. Derecho penal Alemán: parte general. 11 ed. alemã, 4. ed. castelhana, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.