

341.5
26i
(5497)
T678



**FACULDADE METROPOLITANA DA GRANDE FORTALEZA
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

HUGO VASCONCELOS XEREZ

**INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E A SUA
REPERCUSSÃO DIANTE DO DIREITO PENAL
MODERNO**

FORTALEZA – CEARÁ

2009

Hugo Vasconcelos Xerez

**INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E A SUA
REPERCUSSÃO DIANTE DO DIREITO PENAL
MODERNO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direitos Difusos e Coletivos da Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza, em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção de grau de Especialista em Direitos Difusos e Coletivos.

Orientador: Prof^o. Ms. Francisco Diassis Alves Leitão.

Fortaleza - Ceará

2009

FACULDADE METROPOLITANA DA GRANDE FORTALEZA
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E
COLETIVOS

**Título: INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E A SUA REPERCUSSÃO
DIANTE DO DIREITO PENAL MODERNO**

Autor: Hugo Vasconcelos Xerez

Defesa em: 09/10/2009

Conceito obtido: Satisfatório

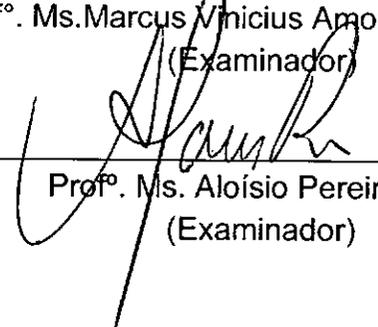
Banca Examinadora:



Prof. Ms. Francisco Diassis Alves Leitão
(Orientador)



Prof. Ms. Marcus Vinicius Amorim de Oliveira
(Examinador)



Prof. Ms. Aloisio Pereira Neto
(Examinador)

Para LIVIA e ISABELA, com carinho.

RESUMO

Esta monografia trata de fundamentar um estudo sobre a imprescindibilidade de remodelação do Direito Penal, especificamente no que concerne à sua aplicação junto aos interesses transindividuais, na medida em que, como é sabido por todos, as regras e instrumentos de que se serve o Direito Penal moldado entre a segunda metade do século XVIII e a primeira metade do século XIX, sob inegável inspiração do movimento Iluminista, não se tem mostrado hábeis e eficientes para o descortino satisfatório dos conflitos de interesses. De prelúdio, são enfocadas questões referentes ao avanço dos interesses metaindividuais em face da modernização e da sociedade globalizada, aos aspectos históricos que antecederam o surgimento desses 'novos direitos', seu conceito, o fundamento jurídico em que os interesses supra-individuais se alicerçam e as diversas modalidades concebidas pelo legislador pátrio. Ultrapassados sobreditos prolegômenos, todos considerados necessários à exata compreensão do tema, faz-se, ainda, uma descrição das raízes e fundamentos nos quais se baseia o Direito Penal clássico, na condição de instrumento de luta dos indivíduos contra o abuso e a arbitrariedade do Estado, especialmente no que respeita ao conceito do bem jurídico penal e ao princípio da ofensividade, postulados que integram o Direito Penal tradicional. Serão mencionados os diplomas legislativos, recentemente evocados pelo legislador pátrio, para a tutela de interesses difusos e coletivos. Tratar-se-á igualmente da questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, insculpida na Constituição Federal para as infrações penais contra a ordem econômica e financeira, economia popular e meio ambiente. A tudo isso, seguir-se-á a análise das novas convergências do Direito Penal, especialmente as teorias defendidas por Winfried Hassemer (1994) e Jesús Maria Silva-Sánchez (2002), as quais almejam uma maior eficácia da aplicação deste ramo do Direito em face do incremento e eventual violação dos interesses transindividuais. Donde se infere que o principal propósito desta monografia é, dentro do possível, destacar o inegável avanço dos direitos coletivos na sociedade atual e a necessidade de adequação dos princípios e valores consagrados pelas ideais iluministas para o combate produtivo dos fatos prejudiciais aos interesses transindividuais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 AS TRANSFORMAÇÕES DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	10
2 INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS.....	14
2.1 Antecedentes históricos.....	14
2.2 Direito ou interesse.....	16
2.3 Conceito.....	17
2.4 Espécies.....	19
2.4.1 Interesses difusos.....	19
2.4.2 Interesses coletivos.....	22
2.4.3 Interesses individuais homogêneos.....	23
3 AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO PENAL CLÁSSICO.....	26
3.1 Noção de bem jurídico penal. Princípio da ofensividade.....	28
3.1.2 Bem jurídico penal supraindividual.....	31
4 DIREITO PENAL DO RISCO.....	34
5 TIPIFICAÇÕES CRIMINAIS E INTERESSES DIFUSOS.....	36
6 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....	38
7 DIREITO DE INTERVENÇÃO.....	42
8 DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES.....	45

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

INTRODUÇÃO

Não há quem discuta, notadamente entre os operadores do Direito, que as relações humanas compreendidas atualmente são completamente diversas àquelas vivenciadas em épocas remotas.

Fenômenos tipicamente contemporâneos como a globalização, em suas matizes econômica e política, a revolução tecnológica, o avanço na área das comunicações e o incremento de empresas transnacionais, aliados à sociedade de massa, homogênea e uniforme, demandam, quando do surgimento de litígios de interesses que ultrapassam a figura do beneficiário exclusivo, soluções diversas àquelas imaginadas para o descortino de litígios puramente individuais, de modo a que todos os indivíduos envolvidos sejam considerados.

Essa novel realidade, incrementada pelas alterações do convívio social, impuseram o surgimento de novos direitos, v.g. meio ambiente, ordem econômica e financeira, relações de consumo, que alcançam cidadãos ligados por circunstâncias jurídicas ou simplesmente fáticas e que antes eram ignorados pelos legisladores e doutrinadores de plantão.

No mesmo sentido, o Direito penal de outrora igualmente sofre alterações com vistas ao resguardo dos novos bens coletivos, contemplando institutos inteiramente vocacionados para a tutela dos interesses supraindividuais, como a elaboração de diplomas legislativos cuja objetividade é a proteção dos bens supraindividuais e a cominação de responsabilidade penal à pessoa jurídica quando da prática de infrações contra a ordem econômica e financeira, a economia popular e o meio ambiente.

Todavia, a despeito das pontuais alterações promovidas, o Direito penal, ainda impregnado de conceitos surgidos no Século XVIII, não tem desempenhado satisfatoriamente sua função de instrumento de controle social diante dos ataques a esses interesses transindividuais, motivo pelo qual surge como medida que se impõe

a sua readequação para eficiente proteção dos interesses incrementados atualmente.

Assim, diante da real incapacidade do Direito penal para enfrentamento, prevenção e repressão dos novos valores vigentes, haja vista a inadequação para esse mister de teorias surgidas em outros contextos históricos, a doutrina tem oferecido soluções para o combate à criminalidade contemporânea, que se caracteriza por apresentar altos índices de organização e forte poderio econômico.

Dentre tais teorias, o professor alemão Winfried Hassemer e o penalista espanhol Jesus-María Silva Sanchez, por concordarem com a ineficiência do Direito penal tradicional face às novas demandas, embora com respostas opostas, apresentam suas ideias para o surgimento de um ramo do Direito mais célere e diretamente vocacionado para a proteção dos interesses metaindividuais.

Tanto o Direito de Intervenção, proposto pela Escola de Frankfurt, quanto o Direito Penal de duas velocidades, arquitetado pelo tratadista espanhol, tem em comum o mérito de, cientes da inabilidade do Direito penal clássico para disciplinar as relações surgidas na sociedade atual, buscar soluções mais eficientes para o enfrentamento da criminalidade moderna que, por se mostrar completamente diferente da criminalidade praticada pelo delinqüente individual, não pode fazer uso dos mesmos mecanismos punitivos.

1 AS TRANSFORMAÇÕES DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Antes de adentrar especificamente no cerne do tópico do presente estudo – a imprescindível expansão do Direito Penal, segundo suas modernas concepções, frente aos interesses difusos e coletivos, interessante se faz registrar alguns aspectos a respeito das transformações pelas quais passou a sociedade atual, até como forma de compreensão da tutela coletiva, a fim de que o seu conteúdo e suas diferenças desta em relação à tutela individual restem devidamente identificados, o que facilitará sobremaneira a compreensão do tema a ser analisado.

A tutela coletiva, pode-se asseverar, é resultado direto da massificação da vida em sociedade, na medida em que o surgimento de instrumentos jurídicos que potencializem a pacificação dos conflitos que envolvem grande número de indivíduos é premente e, de forma alguma, pode ser dispensado.

Inimaginável que se conceba no cenário mais recente da vida humana em sociedade que os conflitos que atingem a todos indistintamente, não possam ser solucionados de forma coletiva.

Nesse aspecto, não há como negar a inevitável existência e o aprimoramento de uma série de direitos ligados à sociedade de consumo e à economia de massa, homogênea, padronizada e acima de tudo globalizada que precisam ser protegidos de modo uniforme.

Tais direitos, reconhecidos como '*direitos do terceiro milênio*', não apenas possibilitam a titularidade em um número indeterminado de cidadãos, como muitos sequer são capazes e hábeis de serem individualizados na figura de um único sujeito.

Noutro falar: ou são titularizados por um número considerável de indivíduos (por exemplo, interesses dos consumidores em um determinado produto) ou por toda a comunidade (como o direito ao meio ambiente hígido e saudável).

Por conta dessa necessidade surgida em razão do desenvolvimento da vida em sociedade, é que o processo civil, tradicionalmente informado pelos conceitos de individualidade dos conflitos, precisou ser remodelado, para abraçar os fatos e eventos que alcançam, afetam e prejudicam indistintamente um número maciço de indivíduos ou categorias inteiras de pessoas.

Isto porque, os instrumentos processuais configurados para a solução dos litígios individuais, marcantes na sociedade liberal, cuja concepção revela um caráter de profunda evidenciação do indivíduo e intervenção mínima do Estado, que algumas vezes se confunde com a destituição de muitos papéis e atribuições do Poder Público, perdem a funcionalidade em face dos diametralmente opostos conflitos supra-individuais.

Nesse contexto, o próprio Código de Processo Civil, elaborado na década de 1970, que tem a ação individual como centro e base de todo o sistema jurídico-processual, com nítido viés individualista, precisa ser reinterpretado, com vistas à maior adequação do ordenamento para o desenlace dos conflitos de interesses difusos.

O art. 6º do Código Buzaid, ao dissertar que *'ninguém poderá, pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei'*, não comporta uma interpretação reducionista, na medida em que com o surgimento e afloramento dos direitos transindividuais se revelam bastantes inúmeras hipóteses em que a regra acima encartada é atenuada.

Com referência ao surgimento desses novos protagonistas, o Prof. Pedro Lenza, citando o jurista italiano Mauro Cappelletti, leciona:

Em uma sociedade de massa, industrialmente desenvolvida, é natural que, além dos conflitos individuais, existam e afluam conflitos de massa, nunca antes imaginados, uma vez que a 'descomplexidade' social não produzia ambiente propício para a sua eclosão, nem tampouco dos conflitos difusos, transindividuais. Somente com o advento da sociedade de massa é que se passa a observar, como precisamente aponta Cappelletti, as violações de massa. (CAPPELLETTI, apud LENZA, 2003, p. 24).

O mesmo tratadista, em outro fragmento de sua obra, pontifica:

Essa nova categoria em hipótese alguma fez desaparecer as situações caracterizadoras da tradicional e ultrapassada *summa divisio*. Direitos individuais, pertencentes ao 'átomo isolado', continuam a existir. Aquela visão clássica, que predominou durante o Estado Liberal, encontra, ainda, espaço no mundo jurídico moderno. Também a coisa pública, a res publica, continua em evidência, não sucumbindo. A novidade está em não aceitar a dicotomia pura e simplesmente, percebendo a sua insuficiência, já que os novos direitos, os direitos difusos, em particular, transcendentais do indivíduo, não se definem nem como individuais, nem como públicos. Trata-se de uma nova categoria de direitos e interesses, reflexo de uma sociedade complexa, cujos titulares, muitas vezes, estão marcados pela indeterminabilidade. (...) Modernamente, o ultrapassado radicalismo dicotômico (que foi preciso e adequado para outras épocas) deve ceder e de adequar às novas realidades. Antes, o indivíduo e o Estado eram muito bem definidos, cada qual ocupando o seu espaço e respondendo aos anseios da época. Com o surgimento de um grupo ou corpo que se coloca entre o indivíduo e o Estado (daí a feliz denominação grupo intermediário, corpo intermediário), a antiga dicotomia deve, ao menos, assumir caráter tricotômico, sendo o profundo abismo (antes existente) preenchido, agora, pelos chamados interesses difusos, ou mesmo coletivos. Assim, nada mais natural do que a materialização do extinto gregário humano, combinado com uma nova dinâmica social e com a evidenciação dos novos direitos e interesses, transcendentais da esfera individual. (LENZA, 2003, p. 38 e 39).

No mesmo sentido, tem-se o escólio lapidar de Ricardo Barros Leonel (2002, p.96), que assim leciona:

Note-se também que o enfoque sociológico ou político não pode ser descurado no trato desta espécie de interesses. Pelo fato de não terem delimitação pré-estabelecida, como ocorre, v.g., com os tradicionais direitos subjetivos, sua formação decorre necessariamente da evolução dos fenômenos sociais na denominada 'sociedade de massas'. Surgem dos conflitos comerciais, tecnológicos etc., aptos, no mundo globalizado, a atingir ao mesmo tempo, de forma indiscriminada grandes grupos sociais e bens inerentes a todos indistintamente, passíveis de fruição de modo quase que exclusivamente comum (ar, águas como fonte de recursos da comunidade, informação pelos meios de comunicação etc.).

Referida mudança de postura também deve ser sentida dentro da atuação dos órgãos jurídicos incumbidos da prestação jurisdicional, dado que estes precisam abandonar a exclusiva solução atomizada dos conflitos, para adotar uma solução molecularizada, onde as pendengas que interessem à coletividade possam ser discutidas em uma única demanda e a elas seja dada uma resposta satisfatória.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros, ao deitar luzes sobre a questão, consignou que:

as ações coletivas foram concebidas em homenagem ao princípio da economia processual. O abandono do velho individualismo que domina o direito processual é um imperativo do mundo moderno. Através dela, com apenas uma decisão, o Poder Judiciário resolve controvérsia que demandaria uma infinidade de sentenças individuais, isto faz o Judiciário mais ágil. De outro lado, a substituição do indivíduo pela coletividade torna possível o acesso dos marginais econômicos à função jurisdicional. Em a permitindo, o Poder Judiciário aproxima-se da democracia. (STJ, 1.^a Seção, MS 5.187/DF, in DJ 29.06.1998).

Daí porque, como sobreditos eventos, antes ignorados pelo processo civil, cujos conceitos voltados às questões individuais estavam plenamente arraigados, passaram a ocorrer com muita freqüência, afloraram novas idéias e princípios que viessem a atender a sociedade contemporânea, caracterizada pela produção e consumo de massa.

A própria globalização, em suas matizes econômica, social e cultural, é reflexo e ao mesmo tempo causa da sociedade padronizada em que se vive atualmente.

E ao tratar da questão da globalização em face dos dias atuais, mencione-se como suas principais características: i) a inequívoca hegemonia política dos Estados Unidos; ii) os protagonistas dos destinos da humanidade não são os Estados, porém os grandes organismos internacionais (ONU, Banco Mundial, FMI), assim como as grandes empresas multinacionais; iii) expansão imediata das comunicações; iv) as grandes intimidações oriundas das doenças que se alastram pelo mundo de forma assustadoramente rápida, como, por exemplo, a AIDS, o vírus Ebola, a 'vacca louca' e mais recentemente a gripe suína e v) os grandes prejuízos causados em escala mundial pelos grupos criminosos, a máfia e as organizações voltadas para a prática do terrorismo.

É exatamente diante desse cenário que surge a necessidade de se rever o papel atribuído ao Direito Penal como instrumento de garantia dos cidadãos para proteção e salvaguarda dos interesses metaindividuais e da própria dignidade da pessoa humana.

2 INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

2.1 Antecedentes Históricos

A despeito da veracidade de todos os argumentos acima esposados, no sentido dos direitos coletivos como fenômeno internacional hodierno, imperioso destacar, em respeito à verdade dos fatos, que, mesmo tendo a tutela coletiva alcançado mais espaço diante dos eventos típicos da sociedade atual, a experiência do processo coletivo, segundo autores de nomeada, remonta a épocas bem mais distantes.

Segundo a cátedra do Prof. Rodolfo de Camargo Mancuso (2007), mesmo em face do maniqueísmo trazido pelo Direito Romano, categorizando em compartimentos estanques o Direito Público e o Direito Privado, onde não se contemplava qualquer outra modalidade que não se encaixasse nesse arquétipo pragmático e objetivo, onde as partes simplesmente atuavam como legítimos contendores, tendo como parêmia o conceito elaborado por Celso: "*Nihil aliud est actio quam jus judicio perseguendi quod sibi debetur*" (Digesto 44, 7.51) – "Nada mais é a ação do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido", o processo coletivo deu seus primeiros passos.

São essas suas palavras, citando ainda o processualista Ricardo de Barros Leonel: "*É, pois, válido reconhecer, com Ricardo de Barros Leonel, que 'as ações populares do processo romano foram à forma embrionária de tutela judicial dos interesses supraindividuais'*". (MANCUSO, 2007, p.29).

D'outra parte, há quem aponte o século XII como o florescimento dos primeiros passos do processo coletivo.

Nesse contexto, enquadra-se Márcio Flávio Mafra Leal (1998, p.22-23), ao dispor:

Tratava-se de conflitos envolvendo uma comunidade (aldeões) de um vilarejo contra os senhores (Lords) por problemas relativos à administração e utilização das terras nos feudos, fiéis (parishers) disputando o pagamento de dízimos com os párcos; corporações (guilds) questionando o pagamento de tributos ou arrendamentos impostos pela autoridade local ou pelo senhor (Lord).

Já o Prof. Teori Albino Zavascki, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, aponta o século XVII, na Inglaterra, como tendo sido o palco onde rebentou o fenômeno do processo coletivo.

A respeito dos antecedentes históricos da tutela coletiva, o processualista pontifica:

Aponta-se a experiência inglesa, no sistema da common law, como origem dos instrumentos do processo coletivo e, mais especificamente, da tutela coletiva de direitos. Desde o século XVII, os tribunais de equidade (Courts of Chancery) admitiam, no direito inglês, o bill of peace, um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados devem, necessariamente, participar do processo, com o que se passou a permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesses dos representados ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos interesses. Assim nasceu, segundo a maioria dos doutrinadores, a ação de classe (class action). (ZAVASCKI, 2008, p. 25).

Fica claro, todavia, ainda que não possa haver concordância entre os estudiosos quanto ao momento exato em que floresceu o processo coletivo, o que se admite não ser o mais importante para o estudo do fenômeno, que a despeito de a gênese remontar aos primórdios do período romano, do medievo ou mesmo da Inglaterra do século XVII, o desenvolvimento e a abrangência dos institutos vinculados aos direitos transindividuais são peculiaridades dos dias mais atuais.

Transladando a questão para o cenário brasileiro, pode-se mencionar o instituto da ação popular como origem do processo coletivo, cujo edito foi integrado ao ordenamento jurídico pátrio através da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965.

Mais recentemente, tem-se a promulgação da Lei nº 6.938/81, dispondo sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, onde se determina a legitimação do Ministério Público para a propositura da ação de responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente, a teor do que estabelece o art. 14, § 1º.

Posteriormente, o legislador nacional elaborou a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), antecessora da Constituição Federal de 1988, que pavimentou a estrada para a criação, entre outros diplomas que albergam o interesse meta-individual, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.2 Direito ou Interesse?

A leitura atenta das primeiras páginas deste estudo mostra que as expressões 'direito' e 'interesse' estão sendo cunhados indistintamente para retratar a transindividualidade dos bens assegurados à coletividade.

No entanto, cabe uma pergunta: existe diferença ontológica entre os termos 'direito' e 'interesse' ou ambos têm o condão de representar o mesmo objeto jurídico?

Os doutrinadores ainda apegados à doutrina clássica utilizam a expressão 'direito' para conectar um específico indivíduo a um determinado bem da vida, na medida em que aquele valor expressa uma vantagem para aquele cidadão.

Determinada faceta é exposta por Pedro Lenza (2003, p. 42):

A doutrina clássica, como visto, refletindo a inevitável influência do liberalismo 'atomizado', prefere utilizar a terminologia direito somente quando a titularidade do interesse juridicamente protegido pertencer a um sujeito perfeitamente determinável".

Referido posicionamento, não há negar, deflui da visão tradicional do processo sob o ponto de vista individualista, como típica ferramenta destinada à proteção dos interesses de um sujeito isoladamente considerado.

Todavia, a visão mais detida e atual ressumbra que, além de inexistir proveito prático para a perquirição da tutela jurisdicional coletiva, inexistente qualquer

distinção relevante que justifique a exclusão de algum dos vocábulos ao se referir sobre a tutela coletiva.

Isto porque, tanto a palavra 'direito' quanto 'interesse' são hábeis para fazer referência a uma posição jurídica reflexa ou diretamente protegida pelo ordenamento jurídico.

Aliás, nem mesmo o legislador nacional, seja ao elaborar o Texto Constitucional, seja ao redigir os Editos alusivos à tutela coletiva, fez a opção por uma expressão em completo detrimento da outra.

Com efeito, enquanto o art. 129, inciso III da Constituição da República confere ao Ministério Público a legitimidade para promover a tutela dos 'interesses' difusos e coletivos, o inciso V do mesmo dispositivo faculta à Instituição a defesa judicial dos 'direitos e interesses' das populações indígenas.

Nesse sentido, Kazuo Watanabe (1998, p. 623) um dos idealizadores do Código de Defesa do Consumidor disserta:

a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os 'interesses' assumem o mesmo status de 'direitos', desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.

É exatamente por isso que o presente estudo continuará a fazer uso dos termos 'direito' e 'interesse' indistintamente.

2.3 Conceito

Os romanos já advertiam dos perigos de se definir um objeto: "*omnis definitio in jure civile periculosa est*" (Digesto 50, 17.202).

Entrementes, para melhor compreensão do tema, notadamente para possibilitar refinamento do objeto, salutar delimitar a definição dos interesses transindividuais.

Salta aos olhos, diante do que já foi dito alhures, que a palavra interesse possui vários sentidos.

Se em outras eras a dicotomia que predominava era a que distinguia o interesse público e o interesse privado, a ela se juntou o interesse transindividual que por não se enquadrar no esquema tradicionalmente traçado, constitui-se verdadeiro *tertium genus*.

Em verdade, os interesses meta-individuais se situam entre os interesses privados e os públicos, todavia, com mais pontos de contato com estes últimos, na medida em que abraça um número indiscriminado de indivíduos, corpos e categorias de pessoas.

Nesse ponto, pode afirmar-se que os interesses transindividuais (ou supraindividuais ou, ainda, meta-individuais) são aqueles que, por não se enquadrarem com precisão entre os interesses de caráter individual e de natureza pública, pertencem a formações intermediárias representativas dos cidadãos, não comportando atribuição de faculdades a um titular específico, em termos de exclusividade.

Em escorço, pode afirmar-se que os interesses transindividuais são aqueles que perpassam a órbita meramente individual, inserindo-se em um contexto tomado por inteiro.

São direitos carregados de intensa conflituosidade, haja vista influenciarem a expectativa dos indivíduos com referência a litígios entre valores de relevância considerável, onde rebenta a consciência entre todos das noções de coletividade, na busca de valores de ordem social, como os direitos fundamentais, o bem comum e a qualidade de vida.

Aliás, tais direitos trazem ínsita a marca da impessoalidade, na medida em que por transitar em torno de valores, idéias e opções políticas, não se imiscuem nas discussões entre as posições de vantagem de 'Tício x Caio'.

Segundo o magistério de Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p.145-146):

...eles constituem a reserva, o arsenal dos anseios e sentimentos mais profundos que, por serem necessariamente referíveis à comunidade ou a uma categoria como um todo, são insuscetíveis de apropriação a título reservador. Do fato de se referirem a muitos não deflui, porém, a conclusão de que sejam res nullius, coisa de ninguém, mas, ao contrário, pertencem indistintamente a todos; cada um tem título para pedir a tutela de tais interesses. O que se afirma do todo resta afirmado de suas partes componentes.

De tudo quanto foi exposto quanto ao conceito e a delimitação do objeto – interesses transindividuais – é que sua natureza é bastante complexa e que o entendimento de seu conteúdo não prescinde da análise apurada de suas espécies, a fim de que sejam espancadas as dúvidas conceituais porventura ainda reinantes, o que se fará a continuidade.

2.4 Espécies

2.4.1 interesses difusos

As dificuldades de conceituação dos interesses superindividuais implicam a categorização do fenômeno em diversas modalidades, que ao tempo em que se aproximam, também apresentam pontos de divergência em suas características fundamentais.

Dentre as espécies de interesses transindividuais, pode-se mencionar aquele que é considerado como o interesse coletivo clássico, a melhor exemplificação do direito supraindividual, denominado como interesse difuso.

Este se singulariza por não ter por titular um só cidadão ou mesmo um grupo específico de pessoas, abrangendo, ao revés, toda a coletividade ou o grupo social.

Por serem direitos comuns à generalidade dos cidadãos, daí o seu caráter indivisível, são taxados de 'interesses adésptas', por não identificarem precisamente sua titularidade ativa.

D'outra parte, os interesses difusos unem pessoas e indivíduos que não têm entre si qualquer vínculo jurídico ou ligação fática muito precisos em torno de um bem da vida que é extensivo a todos.

Ao deitar luzes sobre os interesses difusos, Ada Pellegrinni Grinover (1984, p. 30-31) assim os conceitua:

O outro grupo de interesses metaindividuais, o dos interesses difusos propriamente ditos, compreende interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc. Trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à qualidade de vida. E essas necessidades e esses interesses de massa, sofrem constantes investidas, frequentemente também de massas, contrapondo grupo versus grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os pólos.

Corroborando a mesma idéia preconizada pela ilustre processualista, Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 150) leciona:

As precedentes considerações nos animam a propor o seguinte conceito, analítico, para os interesses difusos: são interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.

Também se pode apontar como atributo dos interesses difusos a conflituosidade a eles inerente, em estrita decorrência das opções políticas que os identificam.

Referida característica também resulta do caráter interpessoal que identifica os interesses difusos, na medida em que como esses direitos não se encaixam na tradicional esquete 'A x B', as escolhas que orientam a solução do conflito de interesses passam necessariamente pela preferência por um dos caminhos políticos abertos à discussão.

Como exemplo da ínsita conflituosidade dos interesses difusos, pode-se aludir à construção de um presídio público. Se por um lado, tem-se o compromisso do Estado com o respeito aos direitos fundamentais dos presos e com a questão da segurança pública, por outro se tem a questão das famílias e pessoas que moram nas proximidades do local destinado à edificação e receiam a desvalorização dos seus imóveis.

Outro exemplo, este citado por Pedro Lenza (2003, p. 87), retrata o dilema que pode aflorar em razão da construção de um aeroporto supersônico:

...de um lado tem-se os interesses dos habitantes da localidade onde se instalará o empreendimento, a fim de evitar perturbações à saúde; de outro lado, o interesse da construção civil, do desenvolvimento do País. Ambos são interesses difusos, sendo titulares pessoas indeterminados. Havendo conflito, a solução da controvérsia metaindividual dar-se-á por meio de escolhas de natureza política, devendo um dos direitos ser sacrificado.

Nesses casos, a solução da pendenga envolve a ponderação de todos os interesses envolvidos e a sacrifcação de um deles em nítido favorecimento ao outro.

Conceituando os interesses difusos, o art. 81, parágrafo único, inciso I da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) estabelece: "*interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*".

Como exemplos de interesses difusos podem ser citados: i) direito ao meio ambiente hígido e saudável; ii) direitos dos consumidores de não serem expostos à propaganda enganosa e abusiva; iii) defesa do patrimônio público; iv) direito à saúde e à educação.

2.4.2. Interesses Coletivos *Stricto Sensu*

Ao lado dos interesses difusos, os interesses coletivos também são modalidades de interesses metaindividuais – também chamados interesses coletivos, para se contrapor aos interesses individuais, o que justifica aqueles serem identificados como interesses coletivos *stricto sensu*.

Os interesses coletivos são transindividuais, por serem comuns a uma coletividade de cidadãos unidos entre si por um vínculo jurídico previamente estabelecido.

Enquanto os interesses difusos englobam sujeitos sem qualquer relação jurídica, os interesses coletivos se identificam por conectar os indivíduos em torno de um fundamento jurídico básico.

Por conta desse liame prévio, os direitos coletivos são afetados a grupos ou categorias determinados (ou determináveis), ao passo que os interesses difusos abrangem a todos os cidadãos indistintamente.

Sobre os interesses coletivos, o Prof. Barbosa Moreira (1977, p. 111-112) assim se manifesta:

O interesse para o qual se reclama tutela pode ser comum a um grupo mais ou menos vasto de pessoas, em razão de vínculo jurídico que as une a todas entre si, sem no entanto situar-se no próprio conteúdo da relação plurissubjetiva... Facilmente se distinguem aí uma relação-base (sociedade, condomínio), de que participam todos os membros do grupo, e um interesse derivado, que para cada um dos membros nasce em função dela, mas sem com ela confundir-se.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p.62) assim se manifesta ao enumerar os atributos dos interesses coletivos:

É o quantum satis para se compreender quais são as notas fundamentais que caracterizam como 'coletivo' um dado interesse: a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os portadores (enti esponenziali); c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo uma situação jurídica diferenciada.

Os interesses coletivos em sentido estrito também foram conceituados pelo legislador consumerista ao estatuir no art. art. 81, parágrafo único, inciso II:

interesses ou direitos coletivos, assim entendidos para efeito deste Código, 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. (BRASIL, 1990).

Como exemplos de interesses coletivos a doutrina costuma mencionar: i) direitos dos acionistas de uma empresa; ii) os estudantes de uma determinado estabelecimento de ensino; iii) os usuários de um plano de saúde; iv) os integrantes de uma específica associação de classe; v) os contribuintes de um tributo.

Há ainda quem afirme que os interesses dos advogados de ver respeitada a regra do quinto constitucional, prevista no art.94 da Constituição Federal, constitui direito coletivo de todos os membros da Ordem dos Advogados do Brasil.

2.4.3 Interesses Individuais Homogêneos

Enquanto os interesses difusos e os coletivos *stricto sensu* são genuinamente interesses transindividuais, o mesmo não se passa com os interesses individuais homogêneos.

Isto porque, ao arripio do que estabelecido pelo legislador pátrio, os interesses individuais homogêneos são simplesmente direitos subjetivos individuais, aos quais, por questões acidentais e formais para fins de tratamento processual,

segundo as palavras de Teori Albino Zavaçski (2008), foi conferida a condição de interesses metaindividuais.

Segundo o entendimento predominante, os interesses individuais homogêneos se constituem em interesses de grupos ou categorias de indivíduos perfeitamente determinados ou determináveis que enfrentam a mesma posição de desvantagem, plenamente divisível entre os envolvidos, surgida numa origem comum.

Nesse caso, mesmo não se enquadrando diretamente nas hipóteses de interesses supraindividuais, o legislador achou por bem encaixá-los nessa categoria com vistas a oferecer uma melhor tutela jurisdicional.

Com efeito, caso assim não fosse, inúmeros eventos em que a lesão do interesse fosse mínima, mesmo que abrangido um número grande de indivíduos, ficariam sem resposta jurisdicional, dada a ausência de compensação entre o retorno ao *status quo* anterior e as dificuldades de se manejar um processo judicial.

A propósito, Teori Albino Zavaçski, citando Antônio Herman Benjamin leciona:

Em outras palavras, os direitos homogêneos 'são por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais'. Quando se fala, pois, em 'defesa coletiva' ou em 'tutela coletiva' de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa. (BENJAMIN, apud ZAVACSKI, 2008, p. 40).

Dentre os atributos que caracterizam os interesses individuais homogêneos, pode-se mencionar: i) são direitos essencialmente individuais; ii) seus titulares são determinados ou determináveis; iii) o objeto, ao contrário dos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, é divisível; iv) os beneficiários são titulares de direitos homogêneos e com origem ou fato comum.

O legislador consumerista, ao disciplinar os interesses individuais homogêneos, propugnou "*interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum*" (art. 81, parágrafo único, inciso III da Lei n° 8.078/90).

Como exemplos de interesses individuais homogêneos, tem-se: i) pessoas que participam de programas de consórcios; ii) investidores de uma determinada aplicação financeira; iii) trabalhadores de uma empresa que sofrem acidente no local de trabalho; e iv) adquirentes de um medicamento com falha de produção.

Por derradeiro, imperioso destacar que o mesmo fato pode originar a incidência de todos os interesses transindividuais contemplados pela legislação brasileira, considerando a realidade jurídica de cada cidadão envolvido.

A propósito disso, o processualista Nelson Nery Júnior (1992, p. 202), a partir do trágico episódio com o '*Bateau Mouche*', preleciona:

...da ocorrência de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais. O acidente com o '*Bateau Mouche IV*', que teve lugar no Rio de Janeiro há alguns anos, poderia ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que teriam interesse na manutenção da boa imagem deste setor na economia, a fim de compelir a empresa proprietária da embarcação a dotá-la de mais segurança (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que se interditasse a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso).

Em linhas gerais, longe de ter a pretensão de esgotamento do tema, são essas as considerações a serem firmadas a respeito dos interesses transindividuais.

3 A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PENAL CLÁSSICO

O exórdio deste trabalho tratou da questão que envolve as transformações pelas quais passa o mundo contemporâneo, destacando o fenômeno da globalização e as alterações de compreensão da vida humana diante da sociedade de massa que cada vez mais se agiganta no cenário dos dias de hoje.

Com efeito, a globalização, a revolução tecnológica, o avanço no campo da comunicação e o incremento financeiro das grandes corporações propiciaram o surgimento de uma nova criminalidade onde predominam os interesses dos imensos conglomerados econômicos e detrimento de toda uma gama de cidadãos.

Com referência ao direito penal, tem-se o testemunho da mesma transformação, antes alusiva ao advento dos interesses metaindividuais, na medida em que este, sob a roupagem moderna, para melhor adequação e resposta aos anseios sociais, tenta romper com tradições e princípios advindos do Século das Luzes para atender aos atos e comportamentos que atingem, notadamente, os interesses difusos.

Nesse passo, registre-se que, apesar da ocorrência de delitos – entendidos como fatos humanos passíveis de punição e reparação, seja simultânea ao surgimento do homem, o Direito penal, como objeto científico, surgiu nos áureos tempos do Iluminismo, especialmente em função das atrocidades cometidas pelo Estado Absolutista então vigente.

Nessa época, o homem se conscientiza de que a questão que envolve a prática dos delitos e das conseqüentes sanções há de ser encarado como uma ciência, em torno da qual se erigem aspectos relacionados aos fundamentos do direito de punir e da legitimidade das penas impostas aos indivíduos.

A esse respeito, o Prof. Cesare Bonesana é apontado pelos penalistas de renome como o pioneiro a consagrar o Direito penal como ciência, determinando os limites e contornos com que hoje é compreendido.

Segundo o marquês de Beccaria, em seu livro '*Dos delitos e das penas*', de 1764, o direito penal deve ser concebido sob a égide de direitos e garantias extensíveis a todos os indivíduos contra o arbítrio estatal.

Referida concepção, originada durante o período iluminista, servindo como antítese aos ideários do *Ancien Régime*, permeou o horizonte da política criminal até o fim da Segunda Guerra Mundial.

Ocorre que, inconformados com as barbáries praticadas pelo III Reich, aliada à expansão da sociedade de massa, e almejando evitar a repetição dos mesmos fatos, estudiosos e juristas buscaram alterar o centro de gravitação do direito, e do próprio Direito penal, almeando-o tornar um instrumento mais eficiente no controle da nova forma de criminalidade surgida com o advento e alargamento dos interesses supraindividuais, com efeito, a criminalidade originada daquilo que se convencionou denominar 'sociedade de risco' (expressão cunhada por Ulrich Beck), caracterizada por uma incessante conflituosidade entre interesses, tem contribuído para o aparecimento não mais apenas de vítimas lesadas em seus direitos individuais, mas também e notadamente, vitimizações coletivas ou difusas.

Em verdade, o mundo globalizado enfrenta grandes e profundas alterações, e impõe que o direito penal, na condição de instrumento de controle social, as acompanhe, renovando as reflexões, ampliando as situações de tutela, principalmente nas hipóteses que antes não possuíam amparo jurídico, a exemplo da proteção penal dos interesses superindividuais.

Especificamente sobre o direito penal como instrumento de controle social, o penalista Santiago Mir Puig (2007, p. 33) assevera:

O Direito penal constitui um dos 'meios de controle social' existentes nas sociedades atuais. A família, a escola, a profissão, os grupos sociais são também meios de controle social, mas possuem um caráter informal que os

distingue de um meio de controle 'jurídico' altamente formalizado como é o Direito penal. Como todo meio de controle social, o Direito penal tende a evitar determinados comportamentos sociais considerados indesejáveis, recorrendo, para isso, à ameaça de imposição de distintas sanções, caso tais condutas sejam realizadas.

Trilhando o mesmo caminho, e ainda sobre o direito penal como arma de controle social, Winfried Hassemer (2005, p. 415) pontifica:

A posição do sistema jurídico-penal situa-se no campo do controle social, o sistema jurídico-penal é uma das suas partes. Ele tem os mesmos elementos estruturais que os outros âmbitos do controle social: norma, sanção, processo. A norma define a conduta desviante como criminosa, a sanção é a reação ligada ao desvio, o processo é o prolongamento da norma e da sanção à realidade. O Direito Penal é uma forma de transformação social dos conflitos desviantes. Por isso ele reage também com as tarefas que o controle social cumpre em nossa vida cotidiana. Ele assegura as expectativas de conduta, determina os limites da liberdade de ação humana, é um desenvolvimento cultural e socialização. Estes são os aspectos que o sistema jurídico-penal tem em comum com os outros âmbitos de controle social.

Ainda sobre o processo de transformação do direito penal, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2002, p. 160) dissertam:

Direito penal neste princípio de novo milênio caracteriza-se, principalmente, pela marcante influência do fenômeno da globalização. Este fenômeno não só está contribuindo para a determinação de novos rumos nesta área das ciências humanas como vem acentuando, ainda mais, a tendência de total transformação (e estrangulamento) do Direito penal tradicional.

3.1 Noção de bem Jurídico Penal. Princípio da Ofensividade

É de sabença abastosa que o Direito penal, inserido no chamado sistema de controle social, tem dentre as suas funções a proteção da sociedade, através da eleição de valores mais importantes e merecedores da tutela penal.

Destarte, o Direito penal, ao proteger a sociedade das intempéries surgidas com a convivência entre os homens, alberga os bens reputados mais importantes através da escolha por parte do legislador, legítimo representante do povo, dos valores considerados de relevância penal.

Na verdade, o conceito de bem jurídico é um dos pilares em que se ampara o Direito penal tradicional, dada a sua importância de legitimar as normas penais com fundamento no postulado de que não se admite a tipificação de uma conduta que traga em seu bojo a proteção de um valor reputado essencial pela comunidade (princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos).

Sobre a idéia de bem jurídico como limitador da atividade punitiva estatal, Luiz Flávio Gomes e Guillermo Jorge Yacobucci (2005, p. 73) dissertam:

Definitivamente o que se buscava com esse conceito era controlar a função legislativa no campo penal, impedindo que se tratasse como bens jurídicos meras finalidades difusas, interesses carentes de determinação, programas administrativos ou burocráticos, descumprimentos de deveres ou simples imoralidades. Isto é, que o direito penal não se estenderia indefinidamente. Dessa forma, o conceito de bem jurídico alcançou um particular caráter legitimador não só como instrumento dogmático senão também como fonte de interpretação judicial e fundamento das decisões de política criminal, resultando neste último caso uma verdadeira garantia diante de qualquer excesso legislativo.

Sobre o conceito de bem jurídico, o penalista Aníbal Bruno (1958, p. 212) estabelece:

O objeto jurídico do crime é o bem ou interesse jurídico por ele ameaçado ou ofendido. Bem jurídico vem aí entendido como tudo que é capaz de satisfazer uma necessidade humana, como a vida, a integridade corporal, a honra, o patrimônio, e é tutelado pelo direito.

Como princípio identificador do bem jurídico a ser tutelado pelo Direito penal, tem-se o postulado da ofensividade, também conhecido por princípio da lesividade, segundo o qual se impõe ao legislador penal a condição de apenas tipificar as condutas humanas ofensivas a valores essenciais e relevantes à comunidade, não se intervindo na vida dos cidadãos, simplesmente para proibir comportamentos por mero dever de obediência à autoridade estatal ou para conformá-los a um determinado posicionamento político ou moral.

A propósito do princípio da ofensividade, o Prof. Oscar Emilio Sarrule (1998, p. 98) acrescenta:

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direitos de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito.

Em excelente monografia sobre tema correlato, Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 92-93) ensina que:

o princípio da lesividade ou ofensividade, *nullum crimen sine iniuria*, consiste precisamente na consideração de que toda incriminação deva ter por finalidade a proteção de bens jurídicos de lesões ou exposições a perigo, ou seja, o modelo legal deve descrever uma conduta que seja apta a vulnerar um bem merecedor de tutela penal.

Ocorre que para muitos doutrinadores de escol, o princípio da ofensividade, da forma como foi concebido e aproveitado, já não ostenta os mesmos aspectos apresentados outrora.

Isto porque, segundo tais estudiosos, para a proteção da nova sociedade surgida com o processo de globalização, modernização e homogeneização, o legislador tem difundido a criação de muitos delitos que, sem qualquer consonância com a proteção de um valor eleito pela comunidade como imprescindível, apenas consagram a mera desobediência à norma.

A título de exemplo, pode-se mencionar que nos editos que estabelecem os crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90), os crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.176/91), os crimes contra o meio ambiente (Lei nº 9.605/98), diplomas que incrementam a proteção dos interesses difusos e coletivos, encontram-se várias infrações penais que, de certo modo, refugam a idéia primeira do postulado da ofensividade, dentre elas o art. 1.º da Lei n.º 8.137/90, o qual tipifica como delitiva a mera abstenção do fornecimento de informações aos órgãos estatais arrecadatários.

Entrementes, a despeito da alteração de parâmetro, não há que se falar em inconstitucionalidade, ou algo do gênero, às leis acima mencionadas, uma vez que as mesmas, a despeito de não trazerem a proteção de um bem individual da vida, reputado essencial e vital para o homem e a sociedade, carregam em seu

cerne a disciplina e adequação dos indivíduos aos interesses que abrangem toda a comunidade, desde o recolhimento dos tributos até a atividade administrativa de fiscalização.

3.1.2 Bem Jurídico Penal Supraindividual

Conforme já salientado alhures, as transformações modificadoras do convívio em sociedade alteraram completamente o centro de gravidade do Direito.

Também se salientou acerca das alterações enfrentadas pelo Direito penal contemporâneo para se adequar ao mundo hodierno, o que faz com que muitos afirmem a sua integral alteração, em alguns aspectos até mesmo a sua deformação.

Especificamente nesse aspecto, a doutrina elaborou o conceito de bem jurídico penal transindividual, o que em outras épocas era um valor completamente desconhecido e desprezado.

Diante desses casos, tem-se a proteção penal voltada para interesses de cariz coletivo, transcendendo a figura do bem puramente individual, almejando, em face das modificações que o capitalismo e os modelos industriais e tecnológicos impingem à raça humana e frente às relações sociais em que estamos inserindo, o albergue a esses interesses que atingem vastos setores da população.

Isto porque, uma vez que um dos traços marcantes das sociedades industriais modernas é a presença no tecido social de várias e diferenciadas articulações institucionais de bens e interesses relevantes a um número indiscriminado de indivíduos, inevitável se faz a eclosão de uma proteção penal que também assegure aos cidadãos abrigo a esses '*direitos do terceiro milênio*'.

Em síntese, o atual cenário vislumbrado é a existência de bens jurídicos individuais, que afetam e envolvem as pessoas individual e isoladamente

consideradas, e, de outro lado, interesses jurídicos coletivos, que afetam um corpo fluido e disperso de pessoas e, vezes muitas, o próprio sistema social.

Se é verdade que não ocorre diferença qualitativa e ontológica entre os interesses penais puramente individuais e os bens supra-individuais, não há negar a existência desses *bens jurídicos de sujeito múltiplo* – expressão cunhada por Eugenio Raúl Zaffaroni, onde um dos titulares não pode dispor livremente do bem, sem que comprometa a disponibilidade do outro beneficiário.

Salomão Shecaira (1999, p. 133), vaticinando as conseqüências das transformações sociais no Direito penal contemporâneo, inclusive enaltecendo a importância da proteção penal dos interesses difusos e coletivos, assim se manifesta:

Quer-se sublinhar que os fenômenos sociais produzem no âmbito jurídico uma relação dialética e interativa: a lei como resultado social, mas também como produtora de modificações. O homem, em seu espírito associativo, e pela utilização das tecnologias, pode, pela primeira vez na história da humanidade, por em perigo a própria escala humana, destruir a si próprio e se destruir enquanto espécie. Não é por outra razão que o direito deve dar uma resposta a estas situações, permitindo modificações em alguns de seus dogmas tradicionais. É o direito (e também o direito penal) fruto dessa situação. O interesse de proteção de direitos difusos e coletivos, e principalmente as alterações surgidas no âmbito dos crimes ambientais que conformam essa nova realidade do direito penal, que excepciona determinadas regras, garantem uma certa efetividade do próprio sistema punitivo.

Sublinhando o afloramento dos bens jurídicos penais transindividuais e a necessidade de remodelamento do Direito penal para enfrentamento desses interesses, Luciano Feldens (2002, p. 23) registra:

O crime, por exemplo, não mais representa, pura e singularmente, aquela hipótese atávica retratada em uma relação jurídica interindividual em que 'A' (frequentemente Caio) se apropria, mediante fraude ou violência física, de um bem pertencente a 'B' (usualmente Tício) Assim, quando se afirma, resulta por oferecer à consciência jurídica acadêmica uma visão apenas parcial do objeto. Os conflitos de Direito Penal, na atualidade, fazem-se coletivos e sociais em sua sujeição passiva. Tomemos, à guisa de ilustração, o exemplo dos grandes escândalos financeiros, da avassaladora corrupção, da estrondosa sonegação fiscal, da lavagem de dinheiro, frequentemente associada ao tráfico de drogas e ao financiamento de campanhas políticas, dos danos ambientais de incomensurável proporção, bem assim todas as categorias delitivas que, afligindo objetividades jurídicas difusas, aí estão a usurpar diretamente ou indiretamente aquilo que mais legitimamente constitui o ser: sua dignidade.

Dentre os bens jurídicos penais coletivos, podem ser citados: i) proteção ao meio ambiente; ii) saúde pública; iii) infância e juventude; iv) ordem econômica e financeira; v) tolerância religiosa; vi) relação de consumo; vii) economia popular.

Frente a esse novel cenário que se avizinha, Gianpaolo Poggio Smanio propõe uma classificação tríplice para os bens jurídicos penais.

Primeiramente, tem-se o bem jurídico-penal de natureza individual, pertinente aos cidadãos, dos quais estes tem disponibilidade, sem qualquer interferência aos demais beneficiários, o que confere a estes interesses o caráter de divisibilidade em relação ao titular. Como exemplo, pode-se mencionar a vida, o patrimônio, a honra, a integridade física.

Ao lado, encontram-se os bens jurídico-penais de natureza coletiva, os quais se referem à toda a coletividade, de modo que os titulares não tem qualquer disponibilidade sobre o valor albergado, sem que ocorra comprometimento do mesmo interesse em relação aos demais titulares. A tutela da saúde e da incolumidade públicas podem ser citadas como exemplos.

Por último, os bens jurídico-penais de natureza difusa também interessam à sociedade em geral, motivo pelo qual titulares não tem disponibilidade sobre o bem, sem que haja afetação do restante da coletividade. Assim como os bens jurídico-penais de natureza difusa, estes são indivisíveis em relação aos seus beneficiários.

Como fator de *discrímen*, pode-se afirmar, conforme ressaltado alhures, a ínsita conflituosidade social que destaca os bens jurídico-penais de natureza difusa.

Nesse sentido, diversos grupos sociais se vêem em posições diametralmente opostas, como na proteção ao meio ambiente, onde interesses econômicos e a preservação ambiental se confrontam, ou na proteção das relações de consumo, em que estão contrapostos os interesses dos fornecedores de um lado e os interesses dos consumidores de outro.

4 DIREITO PENAL DO RISCO

É fato que a sociedade contemporânea, definida como sociedade de risco – expressão usada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, haja vista o surgimento de bens jurídicos típicos da modernidade (meio ambiente, ordem econômica, ordem financeira, saúde pública, genética, drogas, armas, etc.) precisa remodelar os velhos institutos para melhor adequação e eficiência no combate à criminalidade praticada nos dias atuais.

Na verdade, a idéia da sociedade de risco reflete a preocupação de uma realidade onde os danos se referem a prejuízos de imensa envergadura lesiva, não se limitando a um espectro particularizado.

Referidos riscos, resultado na mudança estrutural do corpo social, são hábeis a alcançar todos os indivíduos e até mesmo causar a destruição de boa parte da vida no planeta.

Daí surge o Direito penal do risco (*risikostrafrecht*) inteiramente voltado para a prevenção e repressão dos delitos dos poderosos.

Sobre o assunto, Alice Quintela Lopes Oliveira (2009), em obra sobre o tema, assim se pronuncia:

O direito penal transforma-se em direito penal do risco quando coloca a criação ou o aumento dos riscos no centro das reflexões dogmáticas promovendo a mitigação das regras de imputabilidade, bem como quando toma para si a função de tornar segura a sociedade. Concentra-se na chamada criminalidade organizada, materializada nas infrações penais perpetradas pelos poderosos e caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas igualmente políticos e sociais. Na tentativa de se moldar à novel sociedade de risco, a dogmática penal e a política criminal passam a admitir novos candidatos no círculo de bens jurídicos; a antecipar a fronteira entre o comportamento punível e não-punível; a reduzir as exigências de censurabilidade; a flexibilizar os critérios de imputação etc. Rejeita-se, deste modo, o modelo de direito penal do resultado, que atua repressivamente, após a confirmação do dano, sendo mais conveniente a este modelo criminal, a antecipação da proteção penal a esferas anteriores do dano e ao próprio perigo concreto, em certos casos.

Assim, o Direito penal se alinha como instrumento eficiente para o combate da criminalidade pós-moderna, caracterizada pela organização detalhada dos seus atos, pelo envolvimento de quantias antes inimagináveis de dinheiro, bem como em razão de atingir direitos e bens jurídicos cuja titularidade não é individualizada.

5 TIPIFICAÇÕES CRIMINAIS E INTERESSES DIFUSOS

Se não existem dúvidas de que procede a informação de que quando da elaboração do Código Penal da República, na década de 40 do século passado, a preocupação do legislador com a proteção dos interesses transindividuais foi bastante, podendo-se mencionar os crimes de incêndio (art. 250) e de epidemia (art. 267) como exemplos de infrações penais onde se almeja a proteção da sociedade.

Por outro lado, o retrospecto mais recente ressumbra que o legislador nacional tem dedicado à proteção penal dos interesses superindividuais, ao elaborar editos com nítido propósito de guardar a sociedade dos prejuízos e danos causados pela criminalidade contemporânea.

No âmbito do Direito penal econômico e tributário, voltado para o combate dos chamados *white-collar crime* e *corporate crime*, foram editadas a Lei n.º 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, a Lei n.º 8.137/90, a qual determina crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, a Lei n.º 8.176/91, em que são tipificadas condutas que malferem a ordem econômica, além de criar o Sistema de Estoques de Combustíveis e, por fim, a Lei n.º 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e a prevenção e utilização do sistema financeiro para fins ilícitos.

A dedicação do legislador ordinário em tipificar tais comportamentos se dá em razão do receio de que eventuais gestões fraudulentas de instituições financeiras, v.g., causam sérios danos ao corpo social.

Criticando a profusão de novas leis nessa área, muitas vezes sem muito rigor científico por parte do legislador, Luciano Anderson de Souza, citando Renato de Mello Jorge Silveira, escreve:

No que concerne ao sistema brasileiro, a profusão legislativa recente nesta seara é pródiga na formulação de crimes de perigo abstrato sem que haja

uma preocupação efetiva do legislador nacional em bem definir as condutas que proscribe do campo da licitude, elaborando, assim, tipos penais sem qualquer 'nitidez, não sendo possível [em consequência] bem avaliar o que se está a proteger. Percebe-se, nestes termos, uma dificuldade de se verificar o bem jurídico que se esconde sob a rubrica da ordem econômica" (SILVEIRA, apud SOUZA, 2007, p. 141).

Em se tratando das relações de consumo, o legislador infraconstitucional, fazendo valer o mandamento constitucional insculpido no art. 5º, inciso XXXII ("o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"), promulgou o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), dando fim ao limbo que imperava em termos de legislação atinente às relações de consumo.

Com referência à proteção do meio ambiente, pode-se afirmar que sua proteção tem sido cada vez mais intensificada por parte do legislador ordinário, notadamente em função da conscientização da necessidade de se tutelar as gerações futuras para adequada condição de vida no planeta.

A propósito, a Lei nº 9.605/98 inaugurou uma nova fase da dogmática penal ao estipular que as pessoas jurídicas poderão ser responsabilizadas penalmente pelos atos que causarem prejuízo ao meio ambiente, a ser tratada no tópico seguinte.

Não se olvide ainda a promulgação do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03) e a nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) que, ao anteciparem a tutela penal, disciplinando crimes de perigo, também incrementam a proteção dos interesses transindividuais na legislação brasileira.

6 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A extensão do Direito penal para alcançar valores, fatos e pessoas antes inatingíveis às regras penalistas, estas fomentadas no Século da Ilustração, ganha contornos específicos e atuais no direito brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, o legislador constituinte, imbuído do propósito de que o Direito penal deve sofrer alterações em sua estrutura, visando à manutenção e resgate de sua legitimidade e sua eficiência, frente à atual realidade social, notadamente em face do fenômeno da globalização e do surgimento de novos interesses transindividuais, inseriu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

De fato, o art. 173, § 5º da Carta Magna (BRASIL, 1988) prescreve que

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

No mesmo diapasão, o art. 225, § 3.º determina que *“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”*.

Conformando a determinação constitucional, o legislador ordinário estabeleceu, no art. 3.º da Lei n.º 9.605/98 (BRASIL, 1998), que:

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

Destaque-se que apenas interesses transindividuais – ordem econômica, ordem financeira economia popular e meio ambiente – foram contemplados com esse instrumento de combate à criminalidade.

A especificação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, a despeito da impossibilidade de se impor penas privativas de liberdade, afeta consideravelmente os postulados básicos e clássicos do Direito penal, especialmente o princípio, com assento constitucional, de que as penas não podem passar da pessoa do condenado (art. 5º, inciso XLV da Carta Magna).

Justamente por isso a tipificação de condutas criminais por parte de pessoas jurídicas instalou intensa controvérsia doutrinária, havendo estudiosos de renome que negam ao ente jurídico a capacidade de cometer delitos, mormente a ausência do caráter subjetivo que ostenta o Direito penal e que apenas pode ser imputado às pessoas naturais, sem embargo da impropriedade de se impor uma pena – juízo de reprovação ético-social – a quem se expressa pela vontade alheia.

D'outra parte, juristas de nomeada entendem que a necessidade de individualização da conduta e a existência do elemento subjetivo não são capazes de imunizar as pessoas jurídicas de responsabilização penal.

Nesse sentido, Sérgio Salomão Shecaira (1999, p. 125), defendendo a punição penal das pessoas jurídicas, disserta:

ao se admitir a responsabilidade da empresa, não se faz com que a pena passe da pessoa do condenado. Isso só aconteceria se houvesse o reconhecimento da responsabilidade objetiva na esfera penal, felizmente banida com a Reforma Penal de 1984. O princípio da responsabilidade penal só seria maculado quando um diretor de uma empresa fosse processado por ato praticado por outro diretor. Não tendo havido contribuição pessoal, não há responsabilização; não há crime; não há pena. Reconhecer a responsabilidade da empresa, e isso só ocorrerá nos casos em que se evidenciar sua contribuição para o fato delituoso, é reconhecer só a sua responsabilidade. Nenhuma pessoa física será processada e apenada pelo reconhecimento de que a empresa contribuiu para a prática do delito. Isso só ocorrerá quando a pessoa natural de alguma forma praticar o ato delituoso, ou concorrer de algum modo para sua prática, razão pela qual – aqui também – não se pode falar em atingimento de um princípio norteador do direito penal, com a admissibilidade da responsabilidade da pessoa jurídica.

Exatamente nessa direção é que o Direito penal comina, além da pena privativa de liberdade, esta incompatível com a punição das pessoas jurídicas, as sanções de perda de bens, multa e suspensão ou interdição de direitos (art. 5º,

inciso XLVI da Constituição da República), o que se coaduna perfeitamente com a estipulação de responsabilidade penal aos entes morais.

Analisando a adequação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas para o enfrentamento dos crimes que agredem os interesses superindividuais, Walter Claudius Rothenburg (1997, p. 24) assinala:

Fora de dúvida, entretanto, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica está prevista constitucionalmente e necessita ser instituída, como forma, inclusive, de fazer ver, ao empresariado, que a empresa privada também é responsável pelo saneamento da economia, pela proteção da economia popular e do meio ambiente, pelo objetivo social do bem comum, que deve estar acima do objetivo individual, do lucro a qualquer preço. Necessita ser imposta, ainda, como forma de aperfeiçoar-se a perquirida justiça, naqueles casos em que a legislação mostra-se insuficiente, para localizar, na empresa, o verdadeiro responsável pela conduta ilícita.

O Superior Tribunal de Justiça, guardião da inteireza dos termos contidos na legislação federal infraconstitucional, conciliando a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e os postulados clássicos do Direito penal, tem consignado:

Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que 'não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio. (5ª Turma, RMS 20.601-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 29.06.2006, DJU 14.08.2006).

Corroborando a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, Sérgio Salomão Shecaira (1999, p. 140) adverte:

A responsabilidade 'penal' da pessoa jurídica, por exemplo, prevista na Lei Ambiental (Lei 9605/1998, art. 3º), insere-se com perfeição nesse contexto de afastamento do clássico direito penal. Pessoa jurídica e direito penal são duas entidades inconciliáveis. Isso não significa que a pessoa jurídica, quando obtém algum benefício com o crime não tenha que ser punida. O que se questiona é o uso do direito 'penal' para sua penalização. De lege ferenda, urge a construção, para isso, de um específico direito sancionador, jamais fundado na pena privativa de liberdade, mas aplicado pelo Judiciário e segundo as garantias do devido processo legal. De qualquer modo, por ora, tendo em vista o disposto na Lei Ambiental, que prevaleça, pelo menos, a interpretação menos traumática da 'dupla imputação', isto é, jamais seria concebível imputar uma infração 'penal' exclusivamente à pessoa jurídica, sem apontar as pessoas físicas que praticaram tal infração em nome dela.

Em boa verdade, salta aos olhos as vantagens trazidas pelo legislador constituinte e corroboradas pelo legislador infraconstitucional ao estabelecer a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em sede de tutela de interesses metaindividuais, haja vista o fato de a criminalidade organizada se utilizar de entes morais para a prática de crimes e, principalmente, para assegurar o resultado.

7 DIREITO DE INTERVENÇÃO

Dentre as várias teorias criadas para aperfeiçoamento do Direito penal na sua luta de prevenção e repressão da criminalidade dos poderosos, majoritariamente voltada para os delitos que atingem interesses transindividuais, sobressai o Direito de Intervenção (*Interventionsrecht*) cunhado pela Escola penalista de Frankfurt, cujo maior expoente é Winfried Hassemer.

Segundo a idéia propagada pelo Direito de Intervenção, ao invés de o legislador se concentrar em uma reação penal meramente simbólica, marcada pela utilização de instrumentos inaptos a pelejar efetivamente a criminalidade que se avizinha no Século XXI, deve-se reservar a um novo ramo do Direito, preocupado com o respeito às garantias individuais, historicamente conquistadas com o suor e sangue de outras gerações, o combate à prática de infrações que desrespeitem os interesses superindividuais.

Na verdade, Winfried Hassemer (1994) nega ao Direito penal a possibilidade de se imiscuir para regular as questões ligadas à criminalidade organizada voltada contra o meio ambiente, ordem econômica, ordem financeira, tranquilidade pública, tráfico e consumo de substâncias entorpecentes, na grande maioria das vezes realizada de forma profissional e extremamente organizada.

Entende o tratadista alemão que esse novo ramo – chamado Direito de Intervenção – situado entre o direito penal e o direito administrativo sancionador seria mais hábil para a tutela penal dos bens jurídicos supraindividuais e aos novos perigos decorrentes da sociedade de risco dos dias atuais, especialmente, em razão da certeza corrente de que o Direito penal tradicional, obsoleto e paquidérmico, não dispõe de técnica adequada à proteção dos interesses coletivos.

Segundo Hassemer (1994), a extensão da tutela penal aos bens jurídicos transindividuais é um equívoco a ser reparado pelo legislador, haja vista a

inoperância do Direito penal em enfrentar os perigos decorrentes da sociedade de risco.

O Professor alemão, em conferência realizada no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, assim se posicionou:

Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal. (...) Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito de Intervenção. (HASSEMER, 1994, p. 49).

Em síntese, o que defende a Escola de Frankfurt é que o Direito penal deve restringir-se tão-somente à proibição de condutas individuais que provoquem a lesão de um bem individual, não devendo se preocupar com a prevenção e repressão dos ataques dirigidos contra os interesses transindividuais.

Sobre o assunto, Alice Quintela Lopes Oliveira (2009) disserta:

Em consonância com as idéias da Escola de Frankfurt, o direito penal deve reduzir seus tentáculos, submetendo-se a um amplo processo de descriminalização de condutas. Compondo-se apenas por delitos de lesão, ou de perigo concreto, assim considerado na medida em que o perigo de ofensa, de especial gravidade, apresentar-se evidente em relação a bens jurídicos individuais, admitindo, excepcionalmente, a tutela de bens supra-individuais quando estritamente ligados ao indivíduo, a exemplo dos crimes contra a incolumidade pública. Tudo com observância de rígidas regras de imputação de responsabilidade pessoal e dos princípios político-criminais garantistas, como lesividade, subsidiariedade, fragmentariedade, etc. Por outro lado, a proteção aos bens jurídicos supra-individuais em face dos riscos tecnológicos incumbiria ao 'direito de intervenção' – novo ramo jurídico – e, desta maneira, restaria definitivamente afastada a intervenção penal clássica, estribada na pena privativa de liberdade e nas garantias fundamentais.

Adepto da teoria do Direito de Intervenção, Andrei Zenkner Schmidt (2001, p. 73) escreve:

A estrutura desses novos delitos é de todo incompatível com a missão e os limites do Direito Penal humanitário, posto que demanda uma prevenção anterior ao próprio início do delito. Um funcionalismo [público] corrupto, por

exemplo, há de ser combatido antes mesmo de ele se instalar, mas, nesse campo, os bens e direitos protegidos passam a ser universais. A isso propõe-se um direito de intervenção, um direito onde os direitos coletivos são muito mais importantes do que os direitos individuais.

8 DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES

Diametralmente oposta à tese defendida pela Escola de Frankfurt, a que se pode chamar de minimalista, encontra-se a teoria defendida pelo tratadista espanhol Jesús-María Silva Sánchez (2002), denominada Direito penal de duas velocidades.

Esta teoria, considerada expansionista, entende que o Direito penal não deve se esquivar do seu papel de regulador da sociedade por meio da imposição de penas àqueles que cometerem infrações penais em detrimento dos interesses meta-individuais.

Por outro lado, reconhecendo que o Direito penal tradicional, influenciado pelo discurso científico de antanho, não é capaz de oferecer uma solução eficaz às hipóteses de malferimento de interesses difusos, propõe Jesús María Silva-Sánchez (2002) a criação de um novo Direito penal, coexistente àquele, porém voltado exclusivamente para o atendimento aos interesses supraindividuais.

Este novo Direito penal, com disposição específica e um sistema de garantias peculiar, destinado à proteção dos novos bens jurídicos surgidos da complexidade social, esteado mais no risco e na prevenção do que na lesividade das condutas, supriria a omissão e as falhas causadas pelo Direito penal tradicional para o descortino de questões que envolvem os '*delitos do novo milênio*'.

Ter-se-ia então o Direito penal de duas velocidades, isto é, dois modos diversos de justificar, compreender e aplicar o Direito penal.

Enquanto o Direito penal clássico dedicaria atenção ao abrigo dos bens jurídicos individuais, vida, integridade física, patrimônio, honra, o Direito penal moderno, cujos direitos tutelados seriam mais difusos, caracterizar-se-ia por ser menos formal, menos escrito e mais relativo em seus princípios e garantias e, principalmente, mais flexível quanto às regras de imputação.

Sintetizando a teoria de Jesús-Maria Silva-Sánchez, Fábio Antônio Tavares dos Santos (2009) ensina:

Silva-Sánchez lançou, então, uma interessante terminologia para definir a forma em que o Direito Penal deveria manifestar-se em nossa sociedade pós-industrial. Ele cria as chamadas velocidades do Direito Penal. Uma velocidade seria atribuída ao Direito Penal clássico, naqueles casos em que há determinação de penas de prisão. Esta velocidade ocorreria em razão de todas as garantias inerentes à salvaguarda dos direitos de defesa do cidadão. Uma segunda velocidade seria atribuída à grande maioria dos crimes econômicos, resultando em maior alcance da tutela estatal, flexibilizando garantias tais como: responsabilização objetiva e coletiva de dirigentes, responsabilidade penal da pessoa jurídica, a fim de que a persecução penal atinja o mais rápido possível e com maior velocidade os poderosos grupos econômicos que são cada vez mais intocáveis em sua forma multinacional de atuação. Nestes crimes não haveria cominação de penas de prisão, mas penas restritivas de direitos e multas, o que o tornaria mais próximo do direito administrativo.

Esse outro Direito penal, mais célere e menos impregnado do clássico sistema de garantias, em nada entraria em confronto com o Direito penal tradicional, na medida em que, por não contemplar penas privativas de liberdade, mas simplesmente penas restritivas de direitos e multa, e estando voltado para a defesa dos interesses transindividuais, afligidos pela delinquência organizada e paramentada, poderia, sem entrar em choque com os textos constitucionais, proporcionar uma persecução mais efetiva.

Defendendo a coexistência dos dois sistemas de Direito penal, Silva-Sánchez (2002, p. 137-138) disserta:

nem em todo sistema jurídico deve haver as mesmas garantias, nem em todo sistema do Direito sancionatório tem que haver as mesmas garantias, nem sequer em todo sistema sancionatório penal há que exigirem-se as mesmas garantias, pois as conseqüências jurídicas são substancialmente diversas (também no seio do próprio sistema do Direito Penal em sentido estrito).

Em escorço o que defende o tratadista espanhol é a criação de um Direito penal onde se preservaria o status de ilícito penal para a proteção dos bens jurídicos difusos e coletivos, sem que se conduza a um modelo de 'Direito penal máximo', muito menos a imposição de um 'Direito penal mínimo, mas sim um modelo que se apresente, simultaneamente, garantista e funcional.

Segundo o magistério de Claudio José Langroiva Pereira (2008, p.207):

Em um sistema assim concebido, o questionamento envolvendo o sistema de imputação e culpabilidade, no tocante à pessoa jurídica, poderia ser superado com um abrandamento no modelo de imputação, exatamente porque as penas restritivas de direitos e/ou pecuniárias não exigem afetação pessoal direta, ou uma imputação individual, desde que a sanção mantivesse sua imposição por uma instância judicial penal, em uma manutenção da estigmatização social e da capacidade simbólica do Direito Penal. Teríamos desta forma um sistema priorizando a pena de prisão para delitos que lesionam bens individuais, enquanto que as penas consideradas como alternativas e de multa, restariam aplicadas aos delitos contra bens universais. Haveria uma 'primeira velocidade' na prisão, asseguradas máximas garantias penais e processuais, enquanto a 'segunda velocidade' nas penas alternativas ou pecuniárias, com o abrandamento das mesmas garantias.

Cotejando as duas teorias acima formuladas, dessume-se que enquanto Hassemer (1994), sob o influxo das ideias da Escola de Frankfurt, não assente com a catalogação dos bens jurídicos universais sob as regras do Direito penal, haja vista ser inadequada a concepção de um sistema criminal onde as garantias devam ser relativizadas, sugerindo, portanto, a estrutura de um novo Direito sancionador, a quem ele chama Direito de Intervenção, que se situe entre o Direito penal e o Direito administrativo, Silva-Sánchez entende que os bens jurídicos transindividuais podem perfeitamente se enquadrar nos princípios penalistas, notadamente se se proceder à escolha de sanções menos rigorosas que as penas de privação da liberdade a serem aplicadas em um procedimento menos garantista.

Ambos, no entanto, concordam que o Direito penal tradicional, por apresentar princípios impróprios e resultados aberrantes, deve ser remodelado e/ou descartado para a tutela dos bens jurídicos transindividuais.

Por derradeiro, registre-se que as teorias de Hassemer (1994) e Silva-Sánchez (2002) não estão imunes às críticas. Agita-se com frequência que os modelos propostos pelo Direito de Intervenção e pelo Direito penal de duas velocidades, demonstram-se impertinentes e inadequados para a escorreita tutela dos bens jurídicos difusos e coletivos, uma vez que sustentam a flexibilização das garantias fundamentais dos cidadãos para aplicação das sanções penais, cuja conquista se deu em meio a lutas e batalhas custosas e especialmente dolorosas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato que o advento do Século XXI trouxe mudanças significativas no cenário social e jurídico, alterações essas que não encontram paralelo no quanto experimentado anteriormente.

Com efeito, a formação da sociedade de massa, homogênea e uniforme interfere significativamente na construção e interpretação do fenômeno jurídico, na medida em que a noção de resolução atomizada dos conflitos, onde A litigava contra B, perde espaço para a resolução molecularizada das pendengas sociais, quando grupos inteiros de indivíduos compõem um dos pólos da demanda, em vezes muitas, litigando contra outro grupo de cidadãos.

Diante dessa nova realidade, a própria concepção do processo civil tradicional, atrelado a *summa divisio*, onde o interesse público não se imiscuía no interesse privado, também sofre alterações, oferecendo espaço para novas modalidades de direitos e interesses.

Dessa forma, surgem os interesses transindividuais, que se contrapõem aos interesses individuais, aqueles caracterizados como os que não se enquadram com precisão entre os interesses de caráter individual e de natureza pública, pertencendo a corpos intermediários representativos de cidadãos, não comportando atribuição de faculdades a um titular específico, em termos de exclusividade e disponibilidade do valor.

Dentre os exemplos de interesses supraindividuais, pode-se mencionar o direito ao meio ambiente hígido e saudável, os direitos dos consumidores, direito à educação e à saúde, direitos dos acionistas de uma empresa, direitos dos usuários de um determinado plano de saúde.

A doutrina pátria, seguindo o caminho traçado pelo legislador consumerista, conhece 3 (três) modalidades de interesses transindividuais, a saber: interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos.

Os interesses difusos caracterizam-se por não terem como titular um só cidadão ou mesmo um grupo específico de pessoas, mas si toda a coletividade. São interesses indivisíveis e unem pessoas que não tem entre si qualquer vínculo jurídico.

Os interesses coletivos *stricto sensu* são comuns a uma coletividade de cidadãos unidos entre si por uma relação jurídica-base. Assim como os interesses difusos, os coletivos são indivisíveis.

Os interesses individuais homogêneos, em verdade, são interesses subjetivos cujos titulares são determinados ou determináveis com origem ou fato comum.

No caso do Direito penal, o surgimento desses novos direitos implica também a alteração do fenômeno concebido no Século das Luzes para a solução de questões criminais que envolviam indivíduo s litigando entre si – os famosos exemplos Caio x Tício.

As relações humanas do mundo contemporâneo, integralmente alteradas em razão do fenômeno da globalização e das revoluções tecnológica, informática e das comunicações, além da importância que representa os grandes conglomerados financeiros, propiciam o surgimento de uma criminalidade onde, vezes muitas, todo tecido social está diretamente envolvido.

Dito isso, não há dúvidas de que o Direito penal, sob roupagem moderna, para melhor adequação e resposta aos anseios sociais, tenta romper com tradições e princípios advindos da Ilustração a fim de que sirva de instrumento para prevenção e repressão dos ataques aos interesses transindividuais.

Em verdade, esse processo de expansão das bases, estruturas e fundamentos do Direito penal acaba por gerar enérgica tensão com a idéia programada do modelo concebido pelo Estado liberal, notadamente no que concerne ao surgimento do que se convencionou chamar bem jurídico-penal supraindividual e a reformulação do princípio da ofensividade, com a criação de tipos penais sem a proteção de um bem individual da vida, considerado essencial e vital para o homem e a sociedade.

Com efeito, as Leis 8.137/90, 8.176/91 e 9.605/98 incrementam a proteção dos interesses difusos e coletivos, disciplinando a atuação dos indivíduos aos interesses que abrangem toda a sociedade.

A preocupação dessa realidade de danos com imensa potencialidade lesiva, não se restringindo a um espaço privado, cria o direito penal do risco, que se incumbe fundamentalmente de tornar segura a sociedade, concentra-se na criminalidade organizada, materializada nos delitos dos poderosos, cujos efeitos econômicos, políticos e sociais são imensamente lesivos.

O Direito penal do risco também se caracteriza por alterar regras de imputação, como ocorre na responsabilidade penal da pessoa jurídica, imaginada para o combate dos delitos contra a ordem econômica e financeira, economia popular e meio ambiente.

Frente a esse panorama de conflito entre a dogmática tradicional e as modernas exigências lançadas sobre o Direito penal, juristas de renome concebem uma alteração principiológica da ciência, seja minimizando sua atuação, seja expandido-a a outros horizontes.

Winfried Hassemer (1994), expoente da Escola penalista de Frankfurt, entende que o Direito penal não é instrumento hábil para a prevenção e repressão dos crimes contra os interesses metaindividuais, devendo ser transferidos para outra esfera de intervenção estatal, que ele denomina 'direito de intervenção'.

Segundo o jurista tedesco, ao Direito penal deve ser reservada a proteção dos bens individuais, com o respeito a todas as garantias já conquistadas, deixando ao Direito de Intervenção, mais próximo do direito administrativo, a preocupação com as violações aos interesses difusos e coletivos.

Lado outro, Jesús-Maria Silva Sánchez (2002), em flagrante oposição à teoria minimalista de Hassemer (1994), expande a atuação do Direito penal para o combate aos atos perpetrados contra os interesses transindividuais, desde que esse novo Direito penal seja mais ágil e menos rígido quanto às garantias individuais.

Existiriam, portanto, dois sistemas de Direito penal: um menos rápido e obediente aos valores consagrados no Iluminismo, inteiramente voltado para a tutela dos bens jurídicos individuais e outro Direito penal mais célere, menos formal e mais consentâneo com os anseios da sociedade, destinado exclusivamente à proteção dos bens jurídicos difusos e coletivos. Daí o nome Direito penal de duas velocidades.

Ambos os doutrinadores são unânimes, no entanto, em apontar a prescindibilidade da pena privativa de liberdade quando da aplicação do Direito de Intervenção ou do Direito penal de duas velocidades, restringindo-se a sanções restritivas de direitos ou de multa.

Também assentem quanto à imprestabilidade do atual Direito penal em enfrentar satisfatoriamente os crimes cometidos contra os interesses difusos e coletivos pela sociedade moderna.

De fato, por inexistirem dúvidas de que interesses individuais e transindividuais são realidades distintas, desde o bem jurídico tutelado até as vítimas lesadas, surge como medida que se impõe a sedimentação de um novo Direito penal, como arma de convencimento aos anseios sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados direitos difusos. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil – 1988. Brasília: Imprensa Nacional, 1988.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 4.ed. Salvador: JusPodium, 2009. 4 v.

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

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Interesses difusos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo**. *Justitia*, vol. 160, out.-dez.1992.

OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A expansão do direito penal e o direito de intervenção**. Disponível em:

http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf>. Acesso em: 22 de set. 2009.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção jurídico-penal e direitos universais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PUIG, Santiago Mir. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004.

SANTOS, Fábio Antônio Tavares dos. **'Direito Penal do inimigo' permeia decisões da Justiça**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-05/direito-penal-inimigo-permeia-decisoes-criminais-justica>>. Acesso em: 22 de set. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARRULE, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justificación)**. Editorial Universidad, 1998.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a nossa recente legislação. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.) **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A criminalidade moderna nas concepções de Hassemer e Silva-Sánchez. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 284, 2001.

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

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

WATANABE, Kazuo *et AL*. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

