

## 1. INTRODUÇÃO

Numa perspectiva internacional, este artigo parte do pressuposto de que crime é conduta ofensiva a bem jurídico penalmente relevante. Nesta direção, o artigo objetiva propor uma metodologia na qual o penalmente relevante se constitua em violação ao interesse jurídico. Segundo Tavares (2000, p. 183), o bem jurídico só será ofendido, se a ofensa se der na zona do ilícito. Neste artigo, a zona do ilícito é o interesse jurídico violado. Portanto, desde logo, pode-se afirmar que o bem jurídico não se confunde com o interesse. Deste modo, caberá à metodologia aqui proposta criar as condições para que a zona do ilícito se constitua no interesse violado.

Nesta linha, o método irá proporcionar a abertura da dogmática jurídico-penal aos Tratados e às Convenções Internacionais numa perspectiva minimalista. Ou seja, irá subsidiar a construção da normatividade do Direito Penal Internacional sobre bases garantistas. E como a norma penal se destina a demarcar as zonas do ilícito, sua função será delimitar o poder punitivo estatal<sup>1</sup>. Respalado no conceito de crime como conduta ofensiva a bem penalmente relevante, o método proposto deve levar em conta, em primeiro plano, o sentido de limitação do poder punitivo estatal exercido pelo Direito Penal Internacional. Esse tratamento que se dá à norma pressupõe uma decisão política sobre o exercício do poder de punir numa perspectiva internacional.

Encontrar o método mais adequado representa o passo mais importante para a construção garantista do Direito Penal Internacional. Sendo assim, alimenta-se a profunda convicção de que a idéia do penalmente relevante não pode estar desvinculada do conceito de crime, sobretudo, quando a ordem jurídico-penal dos Estados está sob influência internacional. Propor uma metodologia do penalmente relevante significa considerar o interesse jurídico como atributo indispensável de toda e qualquer norma penal, para depois extrair as particularidades e as específicas notas essenciais dos tipos legais. Este é o objetivo que se impõe para que o Direito Penal Internacional seja erguido sobre as bases de uma concepção democrática, a qual irá refletir necessariamente em sua abordagem dogmática.

---

<sup>1</sup> O conteúdo do crime constituído no penalmente relevante reforça a função de garantia da norma penal. Com isso, a validade da norma não depende do seu caráter teleológico, senão que das garantias que oferece. E para exercer essa garantia, a proibição deve ser a mais taxativa possível, em respeito à legalidade estrita. Esse tratamento que se dá à norma indica o seu sentido de limitação do exercício do poder estatal e não a proibição em si. Implica dizer que o conteúdo proibitivo da norma não pode legitimar a intervenção estatal numa perspectiva internacional. Ou seja, a intervenção estatal não pode se autolegitimar.

A internacionalização do Direito Penal é imperativa e ocorre gradativamente sob influência do *princípio da cooperação internacional*, o qual é responsável por uma criminalização exageradamente antecipada (preventiva) de condutas de risco. Embora não tenha alterado assumidamente o conceito de crime, a cooperação jurídica em matéria penal lançou as bases para a sua transformação. Teoricamente, esta transformação preocupa, pois gira em torno da *idéia da prevenção do risco* e, ademais, exerce forte influência sobre o conceito de crime. Daí porque a necessidade de uma concepção de crime que não apenas se vincule à conduta proibida, senão, que tenha seu ponto de apoio no penalmente relevante, isto é, na origem dessa proibição – no interesse jurídico.

Por Direito Penal Internacional, este artigo compreende qualquer atividade ou iniciativa que vise à aproximação das legislações nacionais aos instrumentos internacionais que tratam de matéria penal<sup>2</sup>. A aproximação, neste caso, tem como finalidade permitir ou aprimorar a intervenção dos Estados sobre certos problemas considerados comuns a um conjunto de países. Não resta dúvida de que o ideário de aproximação legislativa decorre da intensificação da criminalidade transnacional no contexto das novas tecnologias da informação e da comunicação. Para dar efetividade ao combate à criminalidade transnacional, a aproximação da ordem jurídica nacional aos instrumentos internacionais tem ocorrido com base no princípio geral da prevenção do risco criado por determinadas condutas consideradas perigosas em escala mundial.<sup>3</sup>

A partir da constatação que os riscos existem e que eles são concretos para a prática de crimes em escala mundial, os países deverão adaptar seus sistemas para anteciparem-se aos riscos. Ou seja, adotar medidas preventivas contra os riscos. Devem adotar medidas preventivas mais acentuadas contra riscos maiores e a opção de medidas preventivas mais simplificadas contra riscos menores. Na antecipação ao risco, os países poderão direcionar

---

<sup>2</sup>A aproximação legislativa ocorre de diversas maneiras: por meio da harmonização ou da uniformização de leis; ou, mesmo por meio da criação de novos institutos penais que, posteriormente, serão incorporados à ordem jurídica interna dos Estados, como a “Perda Alargada” e o “*Criminal Compliance*”. A aprovação das novas regras de prevenção e combate à Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998, alterada pela Lei 12.683/2012) tem movimentado diversos setores para implementar e/ou aprimorar políticas de *Compliance*.

<sup>3</sup>Enquanto fonte de normas internacionais úteis à ordem jurídica interna, as Recomendações do GAFI – Grupo de Ação Financeira Internacional – participam em maior ou menor medida da aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais. Ou seja, suas Recomendações construídas a partir das *situações de risco* são recepcionadas pelos sistemas regulatórios e de justiça criminal dos países mediante processo de uniformização para o combate aos crimes transnacionais. O GAFI é peça central deste regime global de gestão ao combate do crime transnacional.

com mais eficiência seus recursos e aplicar medidas preventivas que correspondam aos riscos de setores ou atividades específicos. Por exemplo, o instituto do sigilo bancário e fiscal dos contribuintes é considerado um risco concreto para a prática de crimes transnacionais. Assim sendo, esse risco precisa ser dissolvido. E a única forma de dissolver esse risco é quebrar o sigilo bancário e fiscal sem necessidade de ordem judicial. E, ao incorporarem à sua ordem interna essa lógica, os países farão uma prevenção do risco ou irão antecipar-se ao risco.<sup>4</sup>

Não ignoramos que a criminalidade transnacional é uma realidade cada dia mais presente. Todavia, preocupa-nos saber que não são poucas as recomendações<sup>5</sup> que orientam os Estados a realizarem uma criminalização preventiva do risco/perigo, o que ocorre com frequência para a repressão de crimes transnacionais (lavagem de dinheiro, sonegação de impostos, corrupção, dentre outros.). O que se pode desde logo sublinhar é que a polêmica relacionada com a prevenção vem hoje centrada na idéia da internacionalização do Direito Penal do risco. Ou seja, um Direito Penal Preventivo que antecipa as condutas de risco/perigo a fim de combater a criminalidade em escala mundial.

Nas bases dessa concepção está o argumento de que é preciso proteger bens jurídicos típicos da sociedade de risco, como é o caso da ordem econômica ou financeira. Tavares (2000, p. 181) de maneira oportuna afirma que o bem jurídico não pode servir como legitimação da incriminação, mas como sua delimitação ou limitação<sup>6</sup>. Em sentido contrário à idéia de delimitação/limitação da incriminação, a técnica adotada mais compatível de tipificação desses crimes tem sido a do *perigo abstracto*.

---

<sup>4</sup>Em 2009, o relatório do GAFI concluiu que no Brasil as principais fontes dos recursos do crime de lavagem de dinheiro são a corrupção, os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, a fraude e a evasão de divisas, o tráfico de drogas, o tráfico de armas, o crime organizado, o contrabando e o desvio de dinheiro público. Os riscos desses crimes são maiores nas regiões de fronteira e na economia informal, sendo o setor bancário o aquele que costuma enfrentar maior risco, sobretudo nas áreas de câmbio e operações bancárias privadas.

<sup>5</sup>Afirma-se que, as Recomendações do GAFI, por exemplo, são uma forma de emprestar ao Direito Penal internacional a idéia da prevenção do risco inerente a determinadas condutas e/ou atividades, haja vista ser este o princípio geral que deverá subsidiar a gestão dos crimes transnacionais por meio da aproximação legislativa. É importante ressaltar que, no universo jurídico, o caráter inovador desse *princípio geral da prevenção do risco* está no oferecimento de um marco conceitual para a noção de *uniformização*, enquanto processo indispensável na relação entre instrumentos internacionais e as ordens jurídicas internas.

<sup>6</sup>Neste caso, a norma penal não pode ser instrumento de proteção de bens jurídicos. Na verdade, ela deve servir, juntamente com o bem jurídico, como critérios delimitadores do *ius puniendi*. Deste modo, a proibição normativa deve ser buscada sobre a base de sua ofensa ao bem jurídico penalmente relevante. Ou seja, com relação ao bem jurídico fundamentado no interesse jurídico.

O Direito Penal internacional do risco, segundo o cânone prevencionista, emerge como uma política ideal de pacificação dos conflitos de caráter econômico e/ou financeiro; isto é, como se fosse um meio absolutamente imprescindível no arsenal de qualquer política internacional em matéria penal. Este argumento não atende à metodologia proposta neste artigo, pois a pacificação de conflitos sociais não é característica do Direito Penal, senão, que a regulação de conflitos. Em sendo assim, torna-se impossível legitimar o *ius puniendi* estatal, de modo que será preciso encontrar critérios jurídicos para a sua efetiva delimitação/limitação.

Enquanto regulação de conflitos, o combate à criminalidade transnacional apresenta-se como característica muito relevante para a produção do Direito Penal Internacional. Entretanto, a presente pesquisa não se justifica na promoção de um debate em relação ao combate à criminalidade na esfera internacional; mas, sobretudo, na necessidade de subsidiar uma análise crítica da dogmática jurídico-penal tradicional que, no atual contexto, precisa adaptar-se às novas realidades impostas pela ordem internacional. Implica reafirmar que a dogmática penal deve tomar a norma penal como instrumento de delimitação entre o poder de intervenção do Estado e a liberdade individual. Isto significa que na esfera internacional o poder-dever de punir não deve estar condicionado à pacificação de conflitos sociais, mas de assegurar a todos os mesmos direitos.

A idéia de Direito Penal Internacional preventivo produz desdobramentos na dogmática, ao reduzir direitos e garantias, em prol da ideologia da prevenção do risco/perigo, dissimulada no binômio: repressão-efetividade. Em outros termos, a repressão à criminalidade transnacional só será concretizada se for efetiva; e, a efetividade depende de uma concreta repressão. De qualquer modo, em tempos de Direito Penal Internacional, a dogmática volta a ser posta em julgamento. E à medida que o mundo se torna mais globalizado, mais integrado, haverá cada vez mais demanda pela internacionalização da produção do Direito Penal e, na qual a discussão em torno da dogmática jurídica não é apenas desejável, mas necessária.

Atento a tais situações, não se pode ignorar que o crime transnacional propicia e estimula a abertura da dogmática jurídico-penal à normação (Tratados, Convenções etc.) internacional. Entretanto, respaldado numa visão minimalista de que a missão do Direito penal é proibir condutas penalmente relevantes, a questão colocada é: “Qual metodologia oferece as condições que permitem, numa visão minimalista do penalmente relevante, a abertura da dogmática jurídico-penal à normação internacional?” “É possível haver um Direito Penal Internacional mínimo?”

Ofertou-se, assim, uma solução ao problema formulado com a seguinte resposta preliminar: “Uma metodologia que tenha em vista *a relação entre o especial modo de agir do sujeito ativo previsto em tipos legais e as demais particularidades da conduta proibida* pode oferecer condições para a abertura da dogmática penal à normação internacional. O especial modo de agir do sujeito ativo e as demais particularidades da conduta proibida exprimidas exaustivamente nos tipos revelam que a norma penal traçou efetivamente, quanto ao seu contexto, os limites precisos da intervenção estatal. E a investigação em cada tipo legal desta relação jurídica entre o especial modo de agir do sujeito ativo e as demais particularidades deve ser o critério a ser adotado para que se possa chegar à noção do penalmente relevante numa perspectiva do interesse jurídico violado.

Embora a relevância possa oscilar de cultura para cultura, este texto parte do pressuposto de que com base na *legalidade estrita* todo e qualquer tipo se constitui de elementos objetivos e subjetivos (dolo). Entretanto, os elementos objetivos interessam ao método. Pode-se, no entanto, denominá-los de elementos normativos, pois dependem de juízos de valor para a sua compreensão. Ademais, interessam ao método proposto os específicos elementos normativos, ou seja, aqueles que representam o *especial modo de agir do sujeito ativo* como ocorre, por exemplo, no crime de roubo, no crime de constrangimento ilegal, no crime de furto e no crime de apropriação indébita<sup>7</sup> do Código Penal brasileiro. O *especial modo de agir* implica uma própria elucidação do seu conteúdo a partir das particularidades previstas em tipos legais.

Enfim, crime é ofensa ao bem jurídico penalmente relevante. O interesse jurídico violado é o penalmente relevante. E de acordo com o método proposto, o interesse deverá ser produto da valoração do bem jurídico em cotejo com as particularidades encontradas nos tipos legais. Por isso, *o artigo encontra-se dividido em duas partes. Na primeira parte*, o texto objetiva debater a respeito da relação entre bem jurídico, valor e interesse, tendo em vista que a doutrina costuma empregar as expressões de forma indistintamente. Todavia, sob o ponto de vista da metodologia fundada no penalmente relevante, *interesse, valor e bem* não se identificam. Eles são termos que se implicam, porque constituem uma totalidade axiológica.

---

<sup>7</sup>**Roubo. Art. 157.** Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, *mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.* **Constrangimento Ilegal. Art. 146.** Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, *a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.* **Furto. Art. 155.** Subtrair, *para si ou para outrem*, coisa alheia móvel.

Com a decisão de que o interesse jurídico é atributo inerente a toda e qualquer norma penal, *na segunda parte* será dada ênfase à relação entre o especial modo de agir do sujeito ativo e as demais particularidades indispensáveis às disposições penais. Cite-se como exemplo, a relação entre *o especial modo de agir* consubstanciada no *para si ou para outrem* (o *apoderamento definitivo da coisa alheia móvel* do roubo) e a violência contra a pessoa. Esta relação é jurídica, pois está a exigir o pronunciamento de juízos de valor para a compreensão da zona do ilícito e, inclusive para diferenciar os crimes entre si. E, para a confirmação da hipótese inicial, os crimes dos artigos 146, 155 e 157 do Código Penal foram eleitos como instrumento de pesquisa a fim de que a eficácia do método fosse testada.

## **2. A RELAÇÃO ENTRE BEM, VALOR E INTERESSE**

Inicialmente, pode-se dizer que o valor e o interesse não se somam ao conceito de bem jurídico, senão que constituem uma estimativa frente a ele. Os conceitos de bem, valor e interesse estão ligados entre si por laços de interdependência, que mudam conforme o ponto de vista da qual são examinados. Aquilo que aparece como um interesse não é mais do que um juízo de valor que se aplica ao bem. Ou seja, o interesse é resultado da valoração que o indivíduo faz do bem. Esta Valoração é espaço-temporal. Neste caso, o valor espaço-temporal está ligado ao bem por meio do interesse. Isto demonstra que se trata de coisas distintas, embora façam parte de uma mesma dialética.

O valor é um problema complexo, pois pertence ao *ser*. Ele atribui ao bem jurídico um significado. Assim, o bem jurídico não é um valor. O bem tem um significado atribuído pelo valor. Portanto, tem-se que o interesse implica uma relação do bem com o valor. Deste modo, os interesses inerentes à norma penal devem ser considerados para a construção da normatividade na esfera internacional. Adianta-se, aqui, que a norma não protege interesses. Elas asseguram interesses (garantias) por meio de bens jurídicos protegidos. Portanto, o conceito de bem, valor e interesse não é uma questão meramente terminológica, mas um problema de fundo.

O interesse depende sempre de uma relação entre bem e valor. O bem é um objeto (de referência para a norma) que, tendo valor para a ordem jurídica, apresenta-se apto para a satisfação de interesses. Entretanto, o bem jurídico não se confunde com o objeto material do crime (pessoa ou coisa) sobre o qual recai a conduta. Portanto, o bem jurídico não pode ser entendido como se fosse uma coisa ou uma pessoa, mas no sentido de possuir as características dessa pessoa ou dessa coisa.

Segundo Tavares (2000, p. 181), a vida humana, por exemplo, enquanto bem jurídico, não apenas para o Direito Penal, encerra um valor, não somente pelo seu lado puramente biológico, senão porque está relacionada à pessoa (objeto material). Assim a vida mesmo com deficiências materiais graves ou quando se encontre em formação constitui um bem jurídico, independentemente de a quem pertença.

Com relação ao bem jurídico, Reyes (1966, p. 113-114) afirma que se trata de problema central em torno do qual giram muitos outros, principais e secundários, gerais e específicos do Direito Penal. Para a sua tutela tem lugar de primazia entre os elementos do tipo, posto que sem a consideração dos bens jurídicos a sua estruturação resulta impossível. E, mesmo aqueles que negam sua pertinência ao tipo, afirmam ser o crime a ofensa ao bem jurídico.

Diante deste quadro, não é difícil compreender a inclusão do bem no tipo como seu elemento necessário e obrigatório. Todavia, fica registrado desde já que a ofensa de bem jurídico não é exclusividade do Direito Penal. Ao contrário, pertence a todo o Direito. Todo tipo legal descreve conduta dirigida contra bem jurídico. Entretanto, com apoio na idéia do penalmente relevante, crime é ofensa ao *bem jurídico fundamentado em interesses jurídicos*. Desta maneira, os bens jurídicos tutelados sintetizam os interesses que as normas penais querem garantir. Os interesses são, portanto, dados pelo ambiente histórico-cultural em que a norma foi produzida, segundo Recasens Siches.

A “liberdade individual” e o “direito de posse” eram interesses vitais antes que as leis penais os sancionassem. Todavia, a lei penal não tutela interesses, mas bens jurídicos. Assim sendo, a liberdade individual e a posse são bens jurídicos tutelados pelo direito para a satisfação de interesses. Observa-se que o interesse fundamenta o bem jurídico, por isso, não pode logicamente ser objeto de tutela. A norma não pode tutelar o interesse enquanto razão de ser da própria tutela penal. É certo que os interesses encontram expressão jurídica por meio das normas que o direito positivo estabelece. Mas, tais normas não exercem dupla tutela.

Essa necessária vinculação de um bem jurídico à sua origem (ao interesse) é uma garantia do indivíduo frente ao Estado. Essa coesão dialética entre bem, valor e interesse é apropriada para expressar, com base na legalidade estrita, as particularidades próprias de cada crime. As particularidades presentes nos tipos, entretanto, não significam a existência de conjuntos fragmentados, sem qualquer elo. Ao contrário, os tipos estão integrados por meio das suas nuances próprias. E quanto maiores essas nuances, mais funcional será a interpretação das normas e mais efetiva será a atuação do Direito Penal em sua missão de proibir condutas penalmente relevantes.

Significa dizer que o legislador não é completamente livre para criar as figuras típicas, senão que deve submeter-se aos princípios informadores do Direito Penal, sob pena de macular o tipo penal criado. Nesta direção, o primeiro princípio a ser observado é a legalidade estrita, a partir do qual o legislador fará a escolha das condutas consideradas de maior importância a fim de que a natureza subsidiária (*ultima ratio*) do Direito Penal seja respeitada.

De acordo com uma visão minimalista, o Direito Penal tem como missão proibir condutas ofensivas a bens jurídicos penalmente relevantes. Uma vez eleita e afirmada a missão com base no penalmente relevante, a metodologia proposta só se justifica no *princípio da legalidade estrita*, fundamental à criação dos tipos legais incriminadores existentes não somente na Parte Especial do Código Penal, como também na chamada legislação penal extravagante. Justificar a metodologia no princípio da legalidade estrita implica em reafirmar a importância dos específicos elementos normativos do tipo para a constituição do interesse jurídico.

### **3. A IMPORTÂNCIA DO ESPECIAL MODO DE AGIR DO SUJEITO ATIVO PARA A CONSTITUIÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO.**

É sabido que a investigação do penalmente relevante (interesse jurídico) terá como ponto de partida o especial modo de agir do sujeito ativo previstos em tipos legais e sua relação com as demais particularidades do tipo. Neste caso, o *especial modo de agir do sujeito ativo* por si só desacompanhado das demais *particularidades da conduta* não será suficiente para identificação do interesse jurídico. Por exemplo, no crime do artigo 146 do Código Penal, a relevância não está na mera *exigência de que o sujeito passivo faça ou não faça algo (liberdade individual ofendida)*. Essa “exigência” caracteriza o modo *especial de agir* do sujeito ativo. Todavia, essa “exigência” é dependente de uma *particularidade* a qual se caracteriza na circunstância do sujeito ativo se utilizar da violência e/ou grave ameaça contra a pessoa *sem pretensão legítima*, isto é, “ao desamparo da lei”. Portanto, um correto conteúdo do crime do artigo 146 requer que o sujeito ativo constranja a vítima para a satisfação de pretensão ilegítima.

A partir disso, pode-se afirmar que o conceito de crime (penalmente relevante) é enriquecido pela relação entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado. Esta relação constitui o nexa causal jurídico (zona do ilícito) do qual surge o interesse jurídico. No exemplo acima, o *especial modo de agir* (exigência de que o sujeito faça ou não faça algo) e a *particularidade do tipo legal* cunhada na expressão “usar da violência/grave ameaça ao

desamparo da lei” são indispensáveis à constatação da zona do ilícito prevista no artigo 146; e, por isso, são determinantes para formação do nexa causal jurídico.

Em qualquer crime deve existir um especial modo de agir do sujeito ativo a qual precisa ser investigada e, posteriormente, analisada em conjunto com as demais particularidades presentes no tipo legal.<sup>8</sup> Neste sentido, não se pode deixar de considerar que *o especial modo de agir* possui um conteúdo. Resta aos aplicadores e aos intérpretes identificarem esse conteúdo, de acordo com as particularidades previstas na lei penal. Assim sendo, é sobre essa particularidade do artigo 146 (*uso da violência/grave ameaça contra a pessoa sem ter pretensão legítima*) que se deve aplicar *um juízo de valor* para que se possa *atribuir-lhe um conteúdo*. Em relação ao artigo 146, o conteúdo consiste no interesse jurídico em garantir que *o sujeito ativo não use da violência física ou moral para a obtenção de uma pretensão ilegítima ao compelir o sujeito passivo para que aja ou para que se omita contra a sua vontade*. Na verdade, garantir que *a liberdade alheia não seja tolhida em desacordo com o determinado pela ordem jurídica*.

O constrangimento só será ilegal caso haja a realização de algo que *a lei não manda ou a não realização do que ela permite*. Portanto, o crime de constrangimento ilegal consiste em *cercear a liberdade alheia no descumprimento da lei*, o qual se intitula de *relevância penal*. Enfim, no constrangimento ilegal a ofensa ao bem jurídico “liberdade individual” vem acompanhada com o descumprimento da lei. A relevância penal do crime consiste em saber se o cerceamento da liberdade individual ocorreu por meio de uma pretensão legítima ou ilegítima do sujeito ativo. Se a liberdade individual foi tolhida por meio de uma pretensão legítima, então o crime é outro.

Ademais, é preciso aclarar que as expressões “a não fazer o que a lei permite” e “a fazer o que ela não manda” são chamados, neste artigo, de *especial modo de agir do sujeito ativo* e não de *especial fim de agir*, pois não são considerados elementos subjetivos do tipo, e sim, elementos objetivos (normativos). Neste sentido, Nucci (2006, p. 635) ao afirmar que tais elementos constituem elementos objetivos do tipo, e não subjetivos. “Não se trata do propósito especial do agente, pois o constrangimento somente é ilegal, caracterizando-se como figura típica incriminadora, caso haja a realização de algo que a lei não manda ou a não

---

<sup>8</sup> Se alguém faz disparos de tiros com arma de fogo, será preciso avaliar, por exemplo, se foi para o alto ou em direção à vítima, pois a forma de agir será determinante para o nexa causal jurídico referente ao crime do artigo 121 do Código Penal ou de outro crime.

realização do que ela permite.” E continua, ao dizer que em relação ao artigo 146 do CP, “a parte final do tipo penal é apenas um elemento objetivo (normativo) do tipo”.

Em relação ao roubo do artigo 157 do Código Penal, *o especial modo de agir* do ladrão consiste no *apoderamento definitivo da coisa móvel alheia*. Neste ponto, resta caracterizada a diferença entre constrangimento ilegal do artigo 146 (liberdade individual) e o artigo 157 (posse). O “apoderamento definitivo” deve ser analisado de acordo com a “particularidade” prevista no tipo legal do artigo 157 (violência contra a pessoa), porque nesta relação jurídica está guardada o interesse em garantir que *a posse não seja ofendida por meio da violência, da grave ameaça ou de qualquer outro meio que comprometa a capacidade da vítima de oferecer resistência*. Vê-se, pois, que a zona do ilícito configuradora do roubo não é a simples retirada da coisa do lugar em que se achava por meio da violência; mas, na sujeição da *res* ao exclusivo poder de disposição do sujeito ativo.

Contudo, o especial modo de agir (apoderar-se definitivamente da coisa) é dependente da particularidade, isto é, da violência e/ou da grave ameaça. Neste caso, a ofensa à posse (perigo de lesão ou lesão) vem acompanhada da violação à integridade física e/ou psíquica da vítima. Ademais, a doutrina e a jurisprudência entendem que não se pode falar no crime do artigo 157, se o sujeito ativo agiu usando passageiramente a coisa, seguindo a reposição da coisa, intacta, sob o poder de disposição do dono. Haveria uma atipicidade relativa da conduta, com a desclassificação para o crime de constrangimento ilegal do artigo 146, porque a conduta não ofendeu a posse.

O ponto comum existente tanto no furto quanto no roubo consiste em o sujeito ativo *apossar-se da coisa alheia para tê-la como própria* (especial modo de agir); diferenciando-se os crimes pela particularidade presente no “modus operandi”. Portanto, o ponto comum entre eles é a posse ofendida. Segundo Bitencourt (2008, p. 4), a posse é o bem jurídico tutelado em primeiro lugar. Ou seja, posse é fato, protegida pelo direito como fato, enquanto fato. E é exatamente essa situação de fato que o diploma legal protege, imediatamente.

Quanto ao “modus operandi”, no furto, o sujeito ativo age contra coisa alheia móvel (objeto de valor patrimonial, econômico ou não) para *apossar-se dela*; no roubo, age com violência/grave ameaça contra a pessoa (integridade física e/ou psicológica) para o *apossamento da coisa alheia móvel*. Essa particularidade vai caracterizar o interesse jurídico de um e outro crime. No furto, a norma penal quer garantir que *não ocorra violação patrimonial quando houver ofensa à posse*; no roubo, existe o interesse em garantir que *a vítima não tenha a sua capacidade de resistência reduzida ou anulada quando houver ofensa à posse*.

Percebe-se que o interesse jurídico é descoberto tendo por base as particularidades dos tipos legais e também o especial modo de agir. Quando da ocorrência do furto, pergunta-se: “houve violação ao interesse patrimonial com a ofensa à posse?” Enquanto no roubo a pergunta deverá ser: “houve redução/anulação da capacidade de resistência da vítima com a ofensa à posse?” Para a caracterização do roubo, a obtenção ou a busca pela posse decorre justamente do ato de impedir ou de diminuir qualquer reação da vítima. É necessário que o meio material ou o inibitório usado pelo sujeito ativo sejam hábeis e aptos a colocá-la em condições de passividade. Caso contrário, pode-se apenas falar em furto. Essa constatação revela que o ponto comum entre os tipos legais é o bem jurídico tutelado; todavia, a diferença está no interesse jurídico.

No roubo, o ato de impedir ou de diminuir a capacidade de reação da vítima é levado a sério pelos Tribunais brasileiros, tendo em vista que em havendo violência contra a pessoa a tese da ausência ou de atenuação da violação do interesse patrimonial por si só se torna sem importância. Significa dizer que a idéia de garantir a integridade física e/ou psíquica complementa a idéia da proteção da posse, o qual advém necessariamente do atuar focado no apoderamento definitivo da coisa alheia.

Portanto, a eventual ausência de violação do interesse patrimonial não exclui o desvalor da ação, fortemente reprovável por envolver a integridade física ou psíquica. Mantém-se a reprovabilidade em sua integralidade. E, eventual atenuação da violação patrimonial, também, não diminui o desvalor da ação de modo a permitir a redução da pena. Ou seja, o interesse patrimonial não é critério indispensável na correta interpretação da norma penal do roubo.

No furto, a questão patrimonial é relevante. O furto de coisa alheia móvel de valor monetário pequeno pode reduzir o desvalor da ação; tendo em vista a diminuição de pena prevista no parágrafo 2 do artigo 155 do CP. Já a ausência do prejuízo patrimonial à vítima é justificativa para a exclusão do desvalor da ação pelos Tribunais, com base no princípio da insignificância.

É possível que a conduta tenha recaído sobre um objeto material absolutamente próprio; mas, que ela não seja materialmente típica. Uma conduta contrária ao objeto material não é valorada negativamente se não vier ligada juridicamente ao interesse patrimonial (penalmente relevante). Por exemplo, no crime do artigo 155, a subtração de coisa alheia móvel pelo sujeito ativo por engano (erro de tipo) é carente de desvalor da ação; impossibilitando o desvalor do resultado; e, assim, impedindo a formação do nexo causal jurídico para a ocorrência do furto.

A despeito do erro de tipo ser a falta da consciência do dolo, a não ocorrência do crime se justifica na afirmação de que a conduta de subtrair não está ligada juridicamente ao específico elemento normativo, isto é, *ao apossamento definitivo* (para si ou para outrem). A ligação jurídica inexistente porque a conduta foi realizada *por engano*. Quem leva por engano um guarda-chuva não sabendo tratar-se de coisa alheia, não tem como direcionar sua ação para a posse definitiva do objeto subtraído. Se a conduta não se formou com base no apossamento definitivo, não sobrar espaço para discutir a violação do interesse patrimonial (penalmente relevante).

Neste caso, não existindo o penalmente relevante, torna-se óbvio que não caberá aventar qualquer possibilidade de pensar em ofensa ao bem jurídico (posse). Ou seja, a existência do penalmente relevante é pressuposto para que a discussão em torno da ofensa do bem jurídico. É pressuposto porque a não ocorrência do penalmente relevante é excludente da tipicidade material. Ademais, a discussão a respeito da tipicidade material só pode ocorrer após a formação do penalmente relevante, tendo em vista que se trata de uma tomada de posição sobre o interesse jurídico.

No chamado crime impossível de furto, por exemplo, a conduta de subtrair pode recair sobre um objeto material absolutamente impróprio. Não se pode negar que a conduta foi realizada. Todavia, o desvalor da ação não ocorreu devido à impossibilidade da ligação jurídica da conduta ao modo especial de agir do sujeito ativo exigida pelo tipo legal do artigo 155, isto é, o *para si ou para outrem*. No crime impossível, o sujeito ativo não age com apoderamento definitivo da coisa alheia móvel, pois o objeto material é absolutamente impróprio para a subtração. Havendo impropriedade absoluta do objeto material, não há violação do interesse patrimonial; e, portanto, não há ofensa ao direito de posse.

Sendo o crime uma violação a um interesse que fundamenta a norma penal, a excludente da tipicidade material pelo princípio da insignificância, que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo, está inserta na lei penal. Assim, não há como confundir, por exemplo, pequeno valor da coisa subtraída com valor insignificante. No primeiro caso há somente uma redução da quantidade da pena; no segundo há exclusão da tipicidade material com base na ausência de violação do interesse jurídico. Em relação à aplicação da insignificância ao furto, o sujeito ativo age no sentido de apoderar-se definitivamente da coisa alheia móvel; entretanto, não ofende o direito de posse porque não violou o interesse patrimonial por ausência de prejuízo ao patrimônio (econômico ou não) da vítima.

No âmbito da legalidade estrita, é sabido que existem crimes de lesão e crimes de perigo concreto ao bem jurídico. Embora, o nexos causal jurídico (desvalor da ação e desvalor

do resultado) deva ser uma questão dogmática, a classificação dos crimes em duas categorias (lesão e em perigo concreto) não é justificada com base no critério da interpretação e da aplicação da norma penal. A classificação dos crimes tem como justificativa o fracionamento da conduta em vários atos (lesão) ou em um único ato (perigo concreto), cujo critério é apenas a taxatividade da lei penal.

Implica dizer que o nexos causal jurídico é uma exigência dogmática que não se confunde com a classificação abstrata do crime imposta pela lei penal. Um simples exame da lei penal que descreve o furto do artigo 155 nos revela que se trata de crime de lesão, pois a conduta de furtar se desdobra no *ato de subtrair a coisa alheia móvel e na apropriação definitiva*. Já um exame do artigo 130 do Código Penal (perigo de contágio venéreo) revela um crime de perigo concreto que consiste apenas na *conduta de manter ato libidinoso com a vítima, sabendo estar contaminado de doença venérea*. Entretanto, quando da ocorrência do crime do artigo 155 ou do artigo 130, o penalmente relevante deverá ser investigado, porque existe nexos causal jurídico em ambos os crimes, independentemente de serem classificados em lesão ou de perigo concreto. Assim sendo, o grau de culpabilidade do sujeito ativo será medido a partir da violação do interesse jurídico.

Isto significa que o penalmente relevante é pressuposto indispensável para a correta medição do grau de censura da conduta do sujeito ativo. Nos casos em que o interesse for violado, subsistirá razão para que o conteúdo do injusto (desvalor da ação e do resultado) seja submetido ao juízo de culpabilidade. Ao contrário, não havendo violação, o conteúdo do injusto será tão pequeno que não subsistirá razão para que a conduta seja submetida a um juízo de culpabilidade. Pois bem, não há o que censurar diante da ausência de violação ao interesse jurídico. Em atenção ao interesse jurídico não violado no caso do furto, o julgador deve aplicar o princípio da insignificância em função da não comprovação do penalmente relevante e da impossibilidade de realização do juízo da culpabilidade. E, por isso, os responsáveis só devem ser submetidos à sanção penal quando esta se torna imprescindível à adequação da justiça e à segurança dos valores da sociedade. Portanto, a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.

Acentua-se que na aplicação do princípio da insignificância devem ser considerados somente os aspectos objetivos do fato, excluindo-se outros de caráter subjetivo (antecedentes e personalidade, por exemplo), os quais estão vinculados à culpabilidade. A controvérsia tem se evidenciado, sobretudo nos casos de reincidência que apontaria para um maior grau de reprovabilidade. Considerando a culpabilidade na reprovabilidade da conduta típica e ilícita, é

certo que não se devem invocar critérios de medida atinentes à pessoa do sujeito ativo para afastar a insignificância onde esta deve ser reconhecida.

A insignificância deve ser aferida de forma objetiva, porque a ilicitude é uma medida objetiva tendo em vista o caráter de validade geral da norma e, portanto independe de quem praticou o fato. Não se pode perder de vista, porém, que o princípio da insignificância deve ser acolhido como um corretivo da tipicidade penal e que sua aplicação não deixa de ter o caráter de excepcionalidade. Deve-se lembrar, também, que sua aplicação pressupõe um juízo valorativo sobre uma particularidade do tipo legal que, embora principie pela apreciação do específico elemento normativo, dirige-se à aferição do penalmente relevante.

O Direito Penal de um Estado democrático e constitucional, estruturado no respeito à pessoa humana, ultrapassa as barreiras dogmático-formais subjetivas e se insere na concepção objetiva substancial. Dentro desta perspectiva, é de suma importância não a norma penal em si, mas o que a fundamenta. E neste passo, conhecer as particularidades da conduta (a conduta descrita na lei penal e a conduta da vida real) enquanto objeto da Ciência Penal é imprescindível, tendo em vista que a infração penal não é mera violação da norma. É mais do que isto, é violação do interesse, numa perspectiva de resultado jurídico focado no penalmente relevante.

Um fato – subtração da carteira – embora concebido pelo legislador como crime, merece uma interpretação do ponto de vista do interesse que fundamenta a norma, o qual integra a própria previsão abstrata. Ausente a violação ao fundamento da norma, cabível o provimento jurisdicional antecipatório para julgar improcedente a pretensão acusatória. Quando não há o penalmente relevante, o fato não se reveste de tipicidade penal no plano concreto. Em outros termos, pode-se afirmar que a investigação do interesse violado decorre do princípio da *razoabilidade*; e, é uma maneira de atribuir significância à conduta. Sendo significativa, é possível afirmar a efetiva *proporcionalidade* entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal.

#### **4. CONCLUSÃO**

Neste artigo propôs-se uma metodologia na qual o penalmente relevante se constitua em violação ao interesse jurídico. Respalçado na idéia de que a missão do Direito penal é proibir condutas penalmente relevantes, o problema girou em torno de qual metodologia poderia oferecer as condições capazes de permitir a abertura da dogmática jurídico-penal à normação internacional sob o fundamento do penalmente relevante. Supôs-se que um método

construído a partir *da relação entre o especial modo de agir do sujeito ativo e as demais particularidades* previstas em tipos legais poderia oferecer as condições para constituir o penalmente relevante (interesse jurídico); e, assim subsidiar a abertura da dogmática penal na esfera internacional.

Nesta direção, o método proposto levou em conta, em primeiro plano, o sentido de limitação do poder punitivo estatal exercido pelo Direito Penal Internacional. Portanto, o método proposto não comunga com a idéia de Direito Penal internacional do risco ou preventivo. Trata-se de cânone prevencionista que emerge como uma política ideal de pacificação dos conflitos de caráter econômico e/ou financeiro; isto é, como se fosse um meio absolutamente imprescindível no arsenal de qualquer política internacional em matéria penal. Este argumento, logicamente, não atendeu à metodologia proposta neste artigo, cujo conteúdo é voltado para a limitação/delimitação da zona do ilícito.

E, para testar a eficácia do método proposto, os crimes dos artigos 146, 155 e 157 do Código Penal foram eleitos como instrumento de pesquisa. O especial modo de agir do sujeito ativo previsto exhaustivamente nos tipos dos artigos 146, 155 e 157 do Código Penal e sua relação com as demais particularidades da conduta proibida revelaram que a norma penal traçou efetivamente, em relação ao seu contexto, os limites precisos da intervenção estatal. Essa constatação confirmou a hipótese inicial de que uma metodologia que tenha em vista essa relação jurídica (especial modo de agir x demais particularidades) pode oferecer condições para a abertura da dogmática penal à normação internacional.

Concretamente, o interesse jurídico emergiu desta relação jurídica. Ou seja, emergiu do desvalor da ação e do desvalor do resultado. Assim sendo, o interesse jurídico tornou-se o penalmente relevante. E aquilo que se chamou de penalmente relevante nada mais é do que o *nexo causal jurídico constituído no interesse jurídico*. Pois bem, o penalmente relevante é produto do nexos causal jurídico (desvalor da ação e desvalor do resultado), o qual deve considerar sempre *o interesse jurídico por meio da investigação de específicos elementos normativos (especial forma de agir) em sua relação com as demais particularidades de cada tipo legal*.

A análise das particularidades tornou-se indispensável para a mais justa apuração do penalmente relevante; pois serviu para subsidiar com fulcro no interesse jurídico a abertura da dogmática jurídico-penal à influência internacional. Sendo inerente à conduta praticada pelo sujeito ativo, o interesse é violado quando a relação entre desvalor da ação e desvalor do resultado é confirmada. No roubo, por exemplo, o sujeito ativo age com *apoderamento definitivo da coisa alheia móvel* porque usou da *violência e/ou grave ameaça contra a pessoa*.

Neste caso, a sua conduta ofendeu o bem jurídico posse porque violou a integridade física e/ou psíquica. Isto comprova que a relação entre o direito à integridade física/psíquica e o direito de posse é a zona do ilícito do roubo. Essa relação jurídica (desvalor da ação/desvalor do resultado) produz o interesse jurídico que a fundamenta. No caso do roubo, o interesse consiste na garantia de que a “posse” somente será ofendida quando a integridade física e/ou psíquica da vítima for violada. Deste modo, a ofensa ao bem jurídico é condicionada à violação do interesse jurídico.

A existência do interesse (penalmente relevante) é pressuposto para que a discussão em torno da ofensa do bem jurídico. É pressuposto porque a não ocorrência do penalmente relevante é excludente do crime. Ademais, a discussão a respeito da existência do crime só pode ocorrer após a formação do penalmente relevante, tendo em vista que se trata de uma tomada de posição sobre o interesse jurídico. Neste caso, o interesse jurídico não é apenas uma diretriz política sem conteúdo; ele é, sobretudo, uma maneira de conter o *ius puniendi* estatal. Diante desta constatação, torna-se imprescindível que esteja comprovada a relação entre desvalor da ação e o desvalor do resultado antes de qualquer discussão a respeito da violação do interesse.

Com isso, pode-se afirmar que o método proporciona a abertura da dogmática jurídico-penal aos Tratados e às Convenções Internacionais numa perspectiva minimalista, desde que a idéia de interesse violado seja imprescindível para a confirmação da ofensa ao bem jurídico. Ou seja, subsidia a construção da normatividade do Direito Penal Internacional sobre bases garantistas. E como a norma penal se destina a demarcar as zonas do ilícito, sua função interesse jurídico será delimitar o poder punitivo estatal. Essa exigência de limitação do Direito Penal Internacional por meio da metodologia proposta pressupõe uma decisão política sobre o exercício do poder de punir.

Enfim, a metodologia proposta para a construção da normatividade penal na esfera internacional sobre bases democráticas exige uma violação ao interesse jurídico, pois nem sempre a realização por si só da conduta será suficiente para configurar a zona do ilícito. Não havendo essa violação, não haverá conduta ofensiva a bem jurídico relevante. Haverá apenas uma conduta. Segundo esse entendimento, a idéia do interesse violado é resultado do princípio da razoabilidade; e, também, uma maneira de não violar o princípio da proporcionalidade. Enfim, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma significância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a conduta da zona do ilícito porque, em verdade, o interesse jurídico não chegou a ser violado.

## **BIBLIOGRAFIA**

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – parte especial**. Volume 03. 4. edição. São Paulo: Saraiva 2008.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO – CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. 22 edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal – parte geral: parte especial**. 2. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RECASENS SICHES, Luis. **Nueva filosofia de La interpretacion del derecho**. 2 edição. México: Porrúa, 1973.

REYES, Alfonso. **La tipicidad penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1966.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Tiempos de derecho penal – escritos breves sobre teoria y práctica, vida social y economia**. Buenos Aires – Montevideo: Julio Cesar Faira, 2009.

SOUZA, Cláudio Macedo de. **Direito penal no MERCOSUL: uma metodologia de harmonização**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

\_\_\_\_\_. Direito penal no MERCOSUL: por uma responsabilidade penal da pessoa jurídica contra o trabalho escravo. In **Revista Brasileira de Direito Internacional**. V. 02. N. 02, 2016, p. 135-153. <http://www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional> Acesso em 02/03/2017.

\_\_\_\_\_. **Internacionalização do direito penal: uma abordagem metodológica da gestão do crime transnacional**. Direito Internacional I. Organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF. Florianópolis: Conpedi, 2016, p. 274-290. <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/j152b899> Acesso em 02/03/2017.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.