

2

Bem Jurídico Penal e Estado Democrático de Direito: uma visão do Direito Penal como instrumento de concretização da Justiça Social

Criminal Legal Right and Democratic State of law: a vision of the criminal law as an instrument of the Social Justice

EDUARDO PIÃO ORTIZ ABRAÃO

Especialista em Direito do Estado, pela Universidade Gama Filho – UGF, do Rio de Janeiro;
mestrando em Direito Penal, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP;
advogado criminalista e professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da
Universidade de Taubaté – Unitau. Telefone para contato: (12) 3625-4171

1. INTRODUÇÃO

O bem jurídico exerce uma função de extrema relevância no sistema punitivo de determinado Estado, pois “se situa na fronteira entre a política criminal e o direito penal”¹, realizando a tarefa de unir a dogmática penal (teoria do delito) e a política criminal (realidade social). Um sistema punitivo é construído com base em princípios, e esse sistema vai servir a uma determinada forma de Estado. O Direito Penal detém ideologia, que está a serviço do modelo de sociedade que se pretende conceber. Em um Estado totalitário, a preocupação maior está em tentar incriminar todos os comportamentos que atentam contra valores inerentes ao próprio Estado, e, dessa forma, as liberdades públicas são preocupações secundárias. Por outro lado, em um Estado democrático de direito, a liberdade é a regra; há preocupação em tutelar as garantias individuais, assim como valorizar o pluralismo e a tolerância.

¹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 95.

Portanto, só devem ser punidas aquelas condutas que realmente se afigurem como imprescindíveis para a manutenção da paz social.

Assim sendo, pode-se constatar que, dependendo do modelo de Estado adotado, o sistema punitivo vai considerar determinado bem como de relevância ou não para o Direito Penal. Para se constituir uma determinada forma de Estado, é necessário verificar quais são os valores que nele serão comuns, pois, com base nesses valores, será estruturado todo o sistema punitivo. De acordo com o *caput* do artigo 1º da Constituição Federal, o Brasil é um Estado democrático de direito, donde se conclui que as liberdades e garantias individuais ganham prevalência na construção do seu sistema punitivo, que deve respeitar primordialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, deve-se registrar que a implementação dos direitos sociais também aparece como uma das preocupações do Estado democrático, pois essa tarefa é primordial para que haja redução das desigualdades econômicas e sociais, com escopo de se promover uma real justiça social.

2. CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O processo de consolidação do Estado democrático de direito foi construído ao longo da história. Para alcançar essa concepção moderna, foi necessário passar, em um primeiro momento, pelo modelo de Estado liberal e, em seguida, pelo modelo de Estado social.

2.1. Estado liberal de direito

O Estado liberal de direito teve sua estrutura formada sob os auspícios dos ideais iluministas, no século XVIII, dentro de um movimento reacionário ao absolutismo monárquico. A burguesia, embora detentora de um significativo poder econômico, encontrava-se insatisfeita com seu estéril poder político. Dessa forma, resolveu aliar-se à grande massa de camponeses e outros socialmente menos favorecidos, construindo um movimento forte contra os privilégios da nobreza e do clero. Nesse quadro de tensão social, eclodiu a Revolução Francesa, surgindo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Dessa maneira, inicialmente, o liberalismo abarcava os interesses individuais da burguesia, bem como de seus aliados menos favorecidos economicamente.

Porém, não tardou para que a burguesia, ao assumir o controle político, se esquivasse dos anseios da camada social menos favorecida e passasse a perseguir somente os interesses que mais lhe convinham, agindo contrariamente à distribuição equânime de riqueza e extirpando o povo da participação no governo. O Estado liberal de direito ficou marcado por uma concepção altamente individualista, que proclamava uma igualdade apenas formal, mantendo-se em um estado de neutralidade

na realização dos fins sociais. Assim, verifica-se que o Estado liberal de direito era caracterizado por um modelo político não intervencionista, limitador (limitado por vedações em prol das garantias individuais) e garantidor apenas formalmente das liberdades individuais, precipuamente aquelas de caráter patrimonial.

2.2. Estado social de direito

O Estado social de direito nasceu em função da opressão provocada pelo liberalismo à classe operária, composta pelos economicamente menos favorecidos. Com a ascensão da burguesia ao poder, que passou a controlar o poder político e econômico, nasceu a Revolução Industrial, surgindo as fábricas, que passaram a explorar o trabalho dos operários de forma desumana. Nesse ambiente de constante conflito entre liberdade do liberalismo e escravidão social dos economicamente mais frágeis, surgiu o Estado social, guindado por movimentos revolucionários de ideal marxista.

Com o surgimento do modelo social, o Estado tornou-se interventor, tendo como finalidade buscar o equilíbrio e a justiça social. Assumiu, dessa forma, tarefas positivas, prestações de caráter público, buscando atingir metas sociais concretas que permitissem reduzir a desigualdade social provocada pelo liberalismo. O Estado saiu do campo de neutralidade e passou a atuar como Estado material de direito, pretendendo alcançar uma justiça social. Porém, posteriormente, esse ideal acabou sendo deturpado, ocasionando o “surgimento de regimes ditatoriais, com supressão de liberdades, como se viu nos países do Leste europeu: Estados intervencionistas e controladores, cujo objetivo seria a realização de um ideal utópico de igualdade plena”².

2.3. Estado democrático de direito

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, surgiu uma terceira etapa, na qual foi construído o Estado democrático de direito. Não se trata apenas da junção dos dois modelos anteriores, mas sim de um terceiro modelo, com fundamentos e objetivos próprios. O Estado democrático de direito apresenta como principais características: (a) sua criação e regulamentação por uma Constituição; (b) o desenvolvimento da democracia; (c) estabelecimento de um sistema de direitos fundamentais; (d) busca pela justiça social; (e) igualdade material; (f) divisão de poderes; (g) legalidade; e (h) segurança jurídica.

A Constituição de 1988, ao prever que a República Federativa do Brasil constituiu-se como Estado democrático de direito, trouxe, no artigo 1º, os seus fundamentos (soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; pluralismo político), e, no artigo 3º, os seus objetivos (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a

² PINHO, Ana Cláudia B. de. *Direito Penal e Estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 45.

pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação). Dessa forma, verifica-se que o caminho indicado pelo constituinte passa por todas as exigências estruturais de um Estado democrático de direito, devendo a atuação estatal, nas três esferas do poder, primar pelo atendimento a esses anseios, para que esse modelo de Estado saia da previsão meramente formal e ganhe a materialidade suficiente para a promoção de uma verdadeira justiça social.

3. EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DE BEM JURÍDICO

A definição do bem jurídico-penal estabelece um limite material ao poder de punir do Estado, “pois impede que se estabeleçam delitos e penas que não tenham em sua estrutura de base a proteção a um bem jurídico”³. A doutrina do bem jurídico surgiu em função da necessidade dogmática vivida dentro do liberalismo.

Foi Feuerbach, no século XIX, quem, pela primeira vez, trouxe a ideia de bem jurídico-penal, que, na sua ótica, baseava-se em um contrato. Os homens, devido à insegurança social, decidem se organizar em sociedade e atribuir ao Estado a tarefa de conservação da nova ordem. Assim, diante do fim a que destinava o Estado, este somente poderia intervir penalmente quando fosse praticado um crime contra o direito de algum cidadão. Feuerbach demonstrou que, em todo preceito penal, existe um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objeto de proteção. A todo direito correspondia um dever. Quando o direito subjetivo era violado, entrava o Direito Penal. Essa visão contratualista acabou sendo revista por Birnbaum, que rechaçou a tese de que o delito é a lesão de um direito, pois o direito não pode ser diminuído nem subtraído. Isso pode ocorrer apenas com o que é objeto de um direito, isto é, um bem que juridicamente pertence ao indivíduo e que nasce da própria natureza ou pelo resultado do desenvolvimento social. Assim, Birnbaum situou os bens jurídicos para além do Direito e do Estado. O Estado não pode criar bens jurídicos, somente pode garanti-los.

Binding, depurando o conceito de bem jurídico de Birnbaum, concebeu-o como “estado valorado pelo legislador”. Binding sustentava que caberia à norma jurídica definir o bem jurídico. O delito consistia na lesão de um direito subjetivo do Estado, havendo compatibilidade entre norma e bem jurídico. Na sua concepção, bem jurídico era tudo aquilo que o legislador assim definiu, por isso era necessária uma absoluta congruência entre a norma e o bem jurídico que deveria por ela ser objeto de tutela. Portanto, não caberia apenas ao Estado; era necessária a norma jurídica para a determinação do bem jurídico. Franz Von Liszt (2003) pode ser apontado como o autor que melhor trabalhou a

³ BUSATO, Paulo César & HUAPAYA, Sandro M. *Introdução ao Direito Penal – fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 39

ideia de bem jurídico. Para ele, o bem jurídico não estava atrelado a uma opção de Estado ou da norma jurídica. Ele transcendia a isso e estava vinculado ao interesse humano protegido. Esse interesse humano é o que legitimava o bem jurídico a ser tutelado. Nem sempre a Constituição e a legislação seriam suficientes para eleger todos os bens jurídicos.

Chamamos de bens jurídicos os interesses que o Direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico⁴.

Portanto, segundo von Liszt (2003), bem jurídico é um bem do homem, que é reconhecido e tutelado pelo Direito, e não simplesmente um bem da ordem jurídica. Dessa forma, percebe-se, no referido autor, um distanciamento da posição positivista sustentada por Binding. Em virtude da confusão entre tais concepções, que se demonstraram insuficientes para garantir um conceito material de bem jurídico capaz de limitar a atuação do legislador na elaboração das normas, nasceu o neokantismo, sustentando a natureza teleológica do bem jurídico.

Esta concepção despoja o bem jurídico do núcleo material do injusto, constituindo só um princípio metodológico para a interpretação dos tipos penais. Em resumo, o bem jurídico ficava reduzido a uma categoria interpretativa, simples *ratio legis* dos preceitos particulares, com o qual perdia sua função garantista e sua incidência no âmbito da dogmática⁵.

Com o surgimento da Escola de Kiel na Alemanha, que deu base ao regime nacional-socialista, passou-se a apregoar que crime era toda e qualquer violação de um dever de obediência ao Estado. Um dos seus principais expoentes foi Edmund Mezger. Não existiam mais limites à intervenção do Estado no Direito Penal do que a simples vontade do ditador. Nessa esteira, o Direito Penal não deveria lastrear a sua atuação tomando por base o resultado, mas sim a vontade do agente. Francisco Munõz Conde (2005), escrevendo sobre Edmund Mezger, relatou:

Sua paixão pelas novas propostas jurídicas do nacional-socialismo chega a tanto que, apesar de ter sido dito muitas vezes o contrário, Mezger propõe ideias muito próximas ao Direito Penal da vontade, tão representativo do regime nazista e dos penalistas mais afins a ele, como eram os integrantes da “Escola de Kiel” (Dahm e Schaffstein)⁶.

⁴ VON LISZT, FRANZ. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. T. I, p. 139.

⁵ BUSATO, Paulo César & HUAPAYA, Sandro M. *Introdução ao Direito Penal – fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 45.

⁶ MUNÕZ CONDE, FRANCISCO. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo – estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo*. Tradução de Paulo César Busato. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 82.

Nesse sentido, o crime tentado deveria ser punido como crime consumado, com base na simples vontade do agente. A Escola de Kiel desenvolveu em larga escala, também, o conceito de crime de perigo. Aliás, foi Mezger quem concebeu a ideia de crime de perigo abstrato. A Escola de Kiel ainda exerce influência no Direito Penal. Alguns dispositivos do ordenamento penal brasileiro refletem essa tendência, como o artigo 352 do Código Penal (“Evasão mediante violência contra a pessoa: evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa”); e os artigos 309 (“Votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem”), 312 (“Violar ou tentar violar o sigilo do voto”) e 317 (“Violar ou tentar violar o sigilo da urna ou dos invólucros”), todos do Código Eleitoral, por exemplo.

Com o encerramento da Segunda Guerra Mundial, ressurgiu a preocupação com o conceito de bem jurídico, retornando a “ideia de que o bem jurídico-penal estaria vinculado a uma garantia do homem”⁷. Para Hans Welzel (1997), o bem jurídico-penal situa-se além do Direito e do Estado, podendo ser definido como “todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões”⁸, o qual não pode ser analisado em relação a si mesmo, mas considerando-se toda a ordem jurídico-social. Atualmente, as teorias dominantes buscam “fundamentar o bem jurídico desde a política criminal. Ou seja, se vincula à teoria do bem jurídico com os fins do ordenamento jurídico-penal e com os fins do Estado”⁹. Nessa diretriz, apresentam-se duas orientações: a sociológica e a jurídico-constitucional. Na visão sociológica, destacam-se os posicionamentos de Knut Amelung, Winfried Hassemer e Jürgen Habermas. Para Amelung, o Direito Penal deve ser fundado com vistas a um conceito de “danosidade social”; portanto, o bem jurídico está constituído por essa “danosidade social”. Para traduzir tal conceito, valeu-se da definição de Binding, consoante a qual seria tudo aquilo que aos olhos do legislador estabeleça as condições de uma vida saudável da comunidade jurídica. Segundo Hassemer, o bem jurídico pode ser definido de um modo genérico como “interesse humano necessitado de proteção jurídico-penal”¹⁰. Habermas, por sua vez, entendeu ser de vital importância a implementação da teoria do consenso no âmbito penal, ou seja, para que haja criminalização de uma conduta, é necessário que essa decisão se dê em um consenso racional intersubjetivo.

Na versão jurídico-constitucional, destacam-se alguns autores, como Jorge de Figueiredo Dias, Jesús-María Silva Sanchez e Márcia Dometila Lima de Carvalho.

⁷ PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 148.

⁸ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán – parte general*. Tradução de Juan Bustos Ramírez; Sérgio Yáñez Pérez. 11. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 5.

⁹ BUSATO, Paulo César & HUAPAYA, Sandro M. *Introdução ao Direito Penal – fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 48-49.

¹⁰ HASSEMER, Winfried & MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 112.

Todos eles defendem que é a norma constitucional, e não a norma penal, que determina quais são os bens jurídicos objetos de tutela penal. Jorge de Figueiredo Dias (1999) tentou buscar no texto constitucional um padrão de referência da valoração social sobre seus interesses e, nesse filtro, tentou fundamentar sua eleição de bem jurídico¹¹. Márcia Dometila Lima de Carvalho (1992), sustentando a necessidade de extrair do texto constitucional os bens que demandam tutela no campo penal, assecurou:

Pois bem, partindo-se de que a Lei Maior traz em si os princípios máximos de justiça, que se quer impor, qualquer ofensa a bem jurídico, protegido penalmente, terá que ser cotejado com os princípios constitucionais. Deixa, assim, a ofensa aos citados bens, de ter relevância penal, se os princípios constitucionais não restarem por ela arranhados¹².

Para Jesús-María Silva Sánchez (1999) o conceito de bem jurídico, não seria capaz de, por si só, sustentar a função limitadora da intervenção penal, e disso decorreria a necessidade de referência constitucional¹³. Esse parece ser o critério mais adequado na eleição do bem jurídico penal, ou seja, para justificar a atuação do Direito Penal, o bem jurídico deve ser avaliado à luz da Constituição. Essa relação entre bem jurídico-penal e Constituição faz com que a lei penal sofra determinadas limitações, mas, em outras situações, passe por revisões, visando a uma tutela mais eficiente em relação a determinados bens jurídicos. Esse processo de avaliação constitucional do Direito Penal pode acarretar a despenalização de determinados comportamentos, a incriminação de novas condutas e uma exacerbação ou redução da resposta penal para outras. Apesar de existirem críticas à adoção desse caminho, “é muito mais útil um bem-jurídico-penal ligado à Constituição, que, por sua vez, deve estar fundada em direitos e garantias fundamentais, do que simplesmente abandonar essa postura em respeito ao acolhimento de conceitos vagos, impassíveis de individualização”¹⁴.

4. BEM JURÍDICO-PENAL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como salientado outrora, o bem jurídico exerce uma função de extrema relevância no sistema punitivo de determinado Estado, o que o situa “na fronteira

¹¹ DIAS, Jorge de F. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 62-82.

¹² CARVALHO, Maria Dometila L. de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 33.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión do Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal em las sociedades post-industriales. Madrid: Civitas, 1999. p. 92-94.

¹⁴ PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 151.

entre a política criminal e o Direito Penal, resultando da criação política do crime, que está atrelada ao modelo de Estado eleito”¹⁵. O Código Penal Brasileiro é de 1940 e inspirou-se no Código Rocco (Itália – 1937), de ideologia, notadamente, fascista. Hodiernamente, não há como promover uma apreciação do Direito Penal calcada exclusivamente em um código vetusto, que leva em conta uma realidade que há muito foi abandonada.

A adequação entre Direito Penal e Constituição Federal é imprescindível para que o Brasil possa alcançar a verdadeira condição de Estado democrático de direito, como preceitua a Constituição de 1988. Nesse modelo de Estado, o Direito Penal deve estar ligado aos valores constitucionais. “O Direito Penal, em um Estado Democrático e Social de Direito, não pode ficar imune à filtragem constitucional, extraindo-se da hierarquia valorativa contida na Constituição seu conteúdo material e sua legitimação”¹⁶. O Direito Penal pode servir, sim, como instrumento para efetivar uma transformação social compatível com os ideais de um Estado democrático de direito. Para isso, faz-se necessário reconhecer que o Direito Penal precisa se aparelhar a fim de se tornar um mecanismo eficaz no combate à criminalidade voltada aos interesses difusos e coletivos, o que, certamente, é um dos principais instrumentos de promoção da desigualdade social no País. O Direito Penal, como ainda se apresenta nos dias de hoje, é responsável pela promoção da exclusão social, possuindo um caráter absolutamente desigual e discriminatório que está a serviço das classes sociais economicamente mais favorecidas. Alessandro Baratta (2002), fazendo uma precisa crítica, apontou quais são os pontos cruciais dessa desigualdade social promovida pelo atual Direito Penal:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade. A crítica se dirige, portanto, ao mito do direito penal como o direito igual por excelência. Ela mostra que o direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência¹⁷.

¹⁵ PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149.

¹⁶ SBARDELOTTO, Fábio R. *Direito Penal no Estado democrático de direito – perspectivas* (re) legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 82.

¹⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 162.

Portanto, para que possa servir de ferramenta capaz de auxiliar na redução dos abismos sociais encontrados na sociedade brasileira, o Direito Penal deve ser visto sob duas óticas distintas. Em relação à criminalidade comum, que afeta bens jurídicos individuais e compõe a chamada criminalidade de “massa”, e que, muitas vezes, para atender aos anseios das classes sociais dominantes, é forjada pelos meios de imprensa como o único ponto que precisa ser enfrentado pela lei penal, o Direito Penal tradicional é capaz de auxiliar na contenção do problema. Todavia, a lei penal deve ser vista apenas como uma, e não como única ferramenta a ser utilizada. Muito mais do que pela simples prática de elaboração de leis penais, esse tipo de criminalidade pode ter o seu quadro significativamente reduzido se for estabelecida uma política de Estado séria, responsável, que persiga incansavelmente todos os objetivos estampados no artigo 3º da Constituição Federal (“construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”).

Se houver uma política comprometida fielmente com a redução das desigualdades sociais, que promova uma melhor distribuição de renda, que atue primordialmente na busca de uma verdadeira justiça social, certamente a criminalidade tradicional reduzirá, pois, muitas vezes, está ligada a delitos patrimoniais, que são praticados, via de regra, pelas classes menos favorecidas economicamente, as quais não têm acesso às condições mínimas de sobrevivência que levem em conta a dignidade da pessoa humana. Já em relação à criminalidade organizada, à lavagem de dinheiro, à corrupção, aos crimes contra a ordem econômico-financeira, contra a ordem tributária, contra o meio ambiente, entre outros, que afetam drasticamente os bens jurídicos difusos e coletivos, a linha a ser seguida pelo Direito Penal deve, necessariamente, ser outra. Essa criminalidade que, muitas vezes, permanece oculta, corrói a estrutura do Estado, tornando-se um dos pilares que sustentam a desigualdade e a injustiça social que há muito estão enraizadas no País.

Ocorre, destarte, que há uma faixa de delinquentes que fomenta com enorme potencial os índices de criminalidade oculta, que não tem merecido a devida atenção do modelo penalístico instalado, consistente na faixa de criminalidade graduada, ofensiva aos valores constitucionais e impeditiva da implementação substancial de um Estado Democrático e Social de Direito, contra a qual o Direito Penal que busca sua relegitimação deve voltar-se. Esta criminalidade será identificada por criminalidade do colarinho branco, ou por cifra dourada de delinquência¹⁸.

¹⁸ SBARDELOTTO, Fábio R. *Direito Penal no Estado democrático de direito – perspectivas (re) legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 99.

Fica evidente que o combate a esses crimes deve ser a principal preocupação de um Direito Penal que deseja estar em consonância com os valores estruturais de um Estado democrático de direito.

As baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado. Ou seja, no Estado Democrático de Direito – instituído no artigo 1º da CF/88 – devem ser combatidos os crimes que fomentam a injustiça social, o que significa afirmar que o direito penal deve ser reforçado naquilo que diz respeito aos crimes que promovem e/ou sustentam as desigualdades sociais¹⁹.

Esses delitos demonstram que o Direito Penal tradicional é insuficiente para tutelar de forma satisfatória os bens jurídicos penais difusos, havendo necessidade de adoção de uma política criminal diferenciada. Sobre essa tendência, ponderou Renato de Mello Jorge Silveira (2003):

A Política Criminal de hoje não mais pode ser comparada com a do passado, mesmo um passado recente. Os problemas da moderna criminalidade, bem como as alterações por que tem passado o mundo nos últimos anos, impõem uma reflexão profunda. As criminalidades econômicas e ecológicas, o contrabando de drogas, as lesões constatadas em diversos consumidores por falhas em produtos industrializados são apenas algumas facetas da nova criminalidade relativa aos interesses difusos, a qual necessita de respostas outras, que não somente as tradicionais²⁰.

Dessa forma, para enfrentar satisfatoriamente esses comportamentos que ofendem bens jurídicos difusos e coletivos, o Direito Penal precisa passar por uma remodelagem, abandonando-se certos preceitos do Direito Penal comum, que podem ser tidos como verdadeiros obstáculos à consecução de um Direito Penal eficaz para enfrentar esses problemas. Nessa diretriz, faz-se necessário que a norma penal seja ampla, exigindo complementação. Em outras palavras, é imprescindível a utilização de normas penais em branco. Portanto, a taxatividade não pode ser levada às últimas consequências, sob pena de tornar inviável a defesa dos bens difusos na seara criminal. Dessa forma, a legalidade deve ser observada sob outro aspecto, permitindo-se uma relativa flexibilização. Há necessidade de antecipar a tutela penal, punindo-se atos meramente preparatórios, promovendo-se proteção penal para

¹⁹ STRECK, Lênio L. As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado democrático de direito e do controle de constitucionalidade. In: STRECK, Lênio L. *et al.* *A sociedade, a violência e o Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 124.

²⁰ SILVEIRA, Renato de M. J. *Direito Penal supraindividual – interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 168.

situações de mera colocação do bem em perigo, onde não há lesão propriamente dita. Ademais, os crimes de perigo abstrato passam a ter grande incidência.

Percebe-se que, para uma efetiva defesa dos bens jurídicos difusos na senda penal, deve-se passar, ainda que não de forma absoluta, por alguns dogmas construídos pela Escola de Kiel, e que são sustentados no discurso do Direito Penal do inimigo, uma vez que determinados direitos e garantias individuais precisam de uma leitura mais flexível. O Direito Penal moderno precisa ser visto não só como instrumento de garantia, mas também como instrumento de segurança pública, e os bens jurídicos difusos não podem ficar à margem da tutela penal. Por outro lado, está claro que a tutela de interesses difusos está ligada à tutela de bens jurídicos tradicionais, como a vida, a saúde, o patrimônio etc. Como exemplo, pode-se citar a tutela do meio ambiente. Sem um meio ambiente saudável, não há possibilidade de desenvolvimento da vida de uma forma digna. A poluição do ar, dos rios e dos mares pode inviabilizar o exercício do bem mais fundamental de todos que é a própria vida, ou trazer sérios problemas para a saúde dos seres humanos e de outras espécies animais. Também, a título exemplificativo, a genética é um bem difuso que está interligado ao bem jurídico vida.

Se o Direito Penal precisa evoluir a ponto de alcançar uma satisfatória tutela dos bens jurídicos penais difusos, essa parece ser a leitura adequada. Pode-se, eventualmente, questionar como é possível sustentar a ideia de adoção de preceitos que foram içados pela Escola de Kiel e que, mais tarde, foram utilizados na base da doutrina do Direito Penal do inimigo, dentro de um modelo de Estado democrático de direito? Não seria algo absolutamente inviável?

Pois bem, foi dito que a criminalidade voltada aos bens difusos e coletivos é um dos principais obstáculos à consecução dos fins e objetivos do Estado democrático de direito. Assim, suponha-se que seja implementado de forma bem estruturada esse modelo diferenciado de Direito Penal sustentado há pouco, e que os efeitos almejados sejam satisfatoriamente alcançados. Com isso, as desigualdades sociais serão, naturalmente, reduzidas e a justiça social aos poucos também irá sendo implementada. Como reflexo, haverá redução, também, dos índices de criminalidade tradicional, pois o abismo entre as diversas classes sociais, que muitas vezes fomenta essa atividade criminosa, será sensivelmente reduzido. Portanto, com o passar do tempo, os resultados obtidos seriam os seguintes: redução da criminalidade difusa e coletiva; redução das desigualdades sociais; promoção de justiça social; redução da criminalidade tradicional (individual); aproximação cada vez maior com os fins e objetivos do Estado democrático de direito.

Porém, caso se continue a cobrir com o manto da impunidade essas condutas criminosas, que produzem uma danosidade social abrupta e nefasta para os alicerces

do Estado democrático, pode-se chegar aos seguintes resultados: estímulo cada vez maior a esses comportamentos criminosos; aumento das desigualdades sociais; ausência de justiça social; aumento da criminalidade tradicional (individual); distanciamento cada vez maior dos fins e objetivos do Estado democrático de direito. Assim, se o Direito Penal pretende, honestamente, estruturar-se em conformidade com a Constituição Federal e com o modelo de Estado democrático de direito, essa dupla face deve ser adotada.

5. CONCLUSÃO

Resta claro que a eleição dos bens jurídicos penais está umbilicalmente ligada ao modelo de Estado erigido. Ademais, cabe à norma constitucional determinar quais são os bens jurídicos objetos de tutela penal. Esse parece ser o critério mais adequado na cunhagem do bem jurídico penal, ou seja, para justificar a atuação do Direito Penal, o bem jurídico deve ser avaliado à luz da Constituição Federal. A partir do momento em que o Brasil passou a ser concebido sob o manto de Estado democrático de direito, não há alternativa que não seja promover uma releitura do Direito Penal, na qual o foco principal passa a ser a prevenção e o combate à criminalidade organizada, voltada à ofensa de bens jurídicos difusos e coletivos.

Como afirmado outrora, o Direito Penal moderno precisa ser visto sob dois prismas distintos, ou seja, um modelo voltado para a criminalidade **tradicional** e outro voltado para a criminalidade difusa e coletiva, que exige uma posição mais severa por parte do legislador e dos operadores do Direito. Se essa for a postura adotada, o Direito Penal será um remédio de extrema utilidade no processo de diminuição da desigualdade social e de implementação da justiça social no Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BUSATO, Paulo César & HUAPAYA, Sandro M. *Introdução ao Direito Penal – fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Maria Dometila L. de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

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

HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología e al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

MUNÓZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo – estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo*. Tradução de Paulo César Busato. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PINHO, Ana Cláudia B. de. *Direito Penal e Estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SBARDELOTTO, Fábio R. *Direito Penal no Estado democrático de direito – perspectivas (re) legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansion do Derecho Penal*. Aspectos de la política criminal em las sociedades post-industriales. Madrid: Civitas, 1999.

SILVEIRA, Renato de M. J. *Direito Penal supraindividual – interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lênio L. As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado democrático de direito e do controle de constitucionalidade. In: STRECK, Lênio L. *et al. A sociedade, a violência e o Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. T. I.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal aleman – parte general*. Tradução de Juan Bustos Ramírez; Sérgio Yáñez Pérez. 11. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.