

Um breve histórico do bem jurídico penal e o Direito Penal Econômico

A Brief History of the Legal Good in Criminal Law and Economic Criminal Law

DOI 10.5281/zenodo.13855114

Fernando Antonio Lino de Queiroz¹

90

Resumo: O presente artigo trata de uma breve introdução acerca da teoria do bem jurídico-penal e a relação com o Direito Penal Econômico, analisando a tutela penal aos bens coletivos e abstratos, que ganharam destaques nos últimos tempos. Uma abordagem acerca da expansão do Direito Penal na proteção de alguns interesses coletivos e abstratos, seria uma antecipação da tutela penal, violando algum preceito fundamental. Os conflitos entre os teóricos da Escola de Frankfurt e os defensores da expansão do Direito Penal sobre o bem jurídico supraindividual.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Penal Econômico. Bem jurídico supraindividual.

Abstract: This article provides a brief introduction to the theory of the criminal legal asset and its relationship with economic criminal law, analyzing criminal protection of collective and abstract goods, which have gained prominence in recent times. An approach to the expansion of criminal law in the protection of some collective and abstract interests would be an anticipation of criminal protection, violating some fundamental precept. Conflicts between Frankfurt School theorists and those who advocate the expansion of criminal law to protect supra-individual legal interests.

Keywords: Criminal Law. Economic Criminal Law. Supraindividual legal asset.

Introdução.

Um dos maiores desafios na história do Direito Penal foi encontrar uma resposta que levasse ao consenso sobre quais comportamentos o Estado estaria autorizado a punir impondo

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco em 2000. Pós-graduado pela Escola de Magistratura de Pernambuco em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor em 2020. Exerce o cargo de Oficial de Justiça do TJPE desde 2003. Mestrando na Faculdade Damas. E-mail: fernandoqrz74@gmail.com

Recebido em: 01/08/2024

Aprovado em: 29/09/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



uma pena. As normas penais como mecanismo de forte imposição precisam de algo que a limite e module para que não haja extrapolação do poder punitivo estatal. De forma sucinta, iremos trabalhar o problema referente a tutela penal aos bens coletivos e abstratos, analisando um pouco da evolução histórica de como se construiu essa limitação através dos estudos e embates que formaram a base para construção da teoria do bem jurídico. Seria muita pretensão explorar um tema tão rico neste artigo, mas abordaremos sua formação, seus questionamentos e uma síntese do que representou quase duzentos anos de debates. Enfrentaremos a questão se haveria alguma violação a um preceito fundamental com expansão do Direito Penal na proteção de alguns interesses coletivos e abstratos.

Seguiremos, ademais, abordando a evolução história das primeiras teorias sobre o bem jurídico penal, o surgimento do Direito Penal econômico, que se destacou numa sociedade mais plural, dinâmica e em constante mudança, com mais destaque quando ficou presente os fenômenos da globalização, do multiculturalismo e diversidade nas relações humanas, que trouxeram profundas alterações na ordem econômica e as primeiras leis que surgiram no ordenamento brasileiro.

A expansão do Direito Penal em novas áreas vem provocando grande discussão entre os juristas no que tange a proteção dos bens difusos e abstratos, gerando indagações sobre como delimitar a atuação da norma punitiva para proteção dos novos interesses. O processo crescente de normas penais, que muito embora descrevam situações perigosas aos bens relevantes, não exigem em contrapartida a consumação do delito a efetiva comprovação do perigo concreto. Mostraremos que várias são as razões que ensejam essa tendência, tais como a dificuldade de identificar o momento exato da violação dos bens jurídicos e a comprovação do nexo de causalidade entre o comportamento e o resultado.

Evolução histórica.

A sociedade é disciplinada pelo Direito com objetivo de haver pacificação no convívio entre as pessoas, em que há uma ordem, cujas prioridades são traçadas e reguladas com o fito de buscar a paz social. Todavia, desde as priscas eras, a relação do Direito Penal com a sociedade nunca foi harmônica, pois houve muita tensão entre o Estado intervencionista, através da sanção penal, na vida individual do cidadão.

Por outro prisma, veremos que o sistema de normas penais protege os direitos fundamentais através da incriminação de certos comportamentos que transgridam direitos. Buscar esse ponto de equilíbrio entre os mais variados interesses torna um desafio permanente para haver a legitimidade da intervenção penal. Autores como FERRAJOLI já apontava esse movimento pendular entre o autoritarismo e humanismo.² No mesmo sentido, Ana Elisa BECHARA³ assevera que a diferença entre o Estado absoluto e o Estado de Direito é quando no primeiro o Direito depende do poder e o segundo, o poder depende do Direito.

Recorrer à história a fim de se entender como as polêmicas que seguiram toda a formação da teoria do bem jurídico-penal nos últimos dois séculos é fundamental.

Iniciamos com o movimento filosófico do século XVIII que visava a razão e combatia o absolutismo. Como marco zero para se introduzir o bem jurídico, o Iluminismo lançou luz no Direito Penal quando buscou afastar o crime dos aspectos morais e religiosos. A Igreja teve uma presença muito atuante na Idade Média e o delito era associado ao pecado, havendo a Santa Inquisição que aplicava a pena naqueles que violassem os preceitos religiosos, sofrendo severas punições como a prática comum da tortura e pena de morte. Ficou marcada como uma fase sombria o período. O Direito Penal, nas palavras de Cláudio Brandão⁴, que afirma que o Direito Penal medieval não tinha a mínima preocupação com a dignidade humana do réu com puro arbítrio daquele que julgava e era comum a violação da integridade física do condenado, assim como era também cruel a pena imposta.

A situação do réu não mudou muito no período da Idade Moderna. Havia o absolutismo, no qual o soberano exercia seus poderes ilimitados sem nenhum controle nem limite. Uma ofensa ao governante era considerada crime e num ambiente de Estado Absolutista, com arbítrio e poderes sem limites dos soberanos, o Iluminismo surge como um movimento criado por

² FERRAJOLI Luigi. Derecho penal de la democracia vs seguridad pública. Granada: Comares, 2005, pg-102.

³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Bem Jurídico-Penal. Ed. Quartier Latin, 2014. Pg-35

⁴ BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 30. No que tange à tortura (que não se confunde com a pena) destaca o autor três modalidades: 1) Trato da Corda: consistia em amarrar as mãos da pessoa atrás das costas; o que sobrava da corda era amarrado a uma roldana presa no teto do local da tortura. Ao sinal convencionado, o torturador puxava a corda e o torturado ficava suspenso no ar; 2) Suplício do Fogo: untava-se a planta dos pés do acusado com gordura e acendia-se fogo. Frequentemente o acusado perdia os pés; 3) Língua Caprina: amarrava-se o torturado em uma cadeira, enquanto o torturador borrifava seus pés com água salgada; após, trazia-se para junto do torturado uma cabra, que primeiro lambia o sal, depois roía a pele, a carne e até os ossos do torturado. Cf. BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 29.

intelectuais que defendiam os ideais da razão, a valorização do homem, questionamentos sobre os fins do direito penal, focando mais no humanismo. Influenciados pelo Renascimento, que repercutiu em diversas áreas do saber, como na filosofia, economia, política e cultura. Havia uma indignação com os privilégios da nobreza e do clero. Foi um movimento burguês que almejava mais espaço na política e poder econômico. As ideias iluministas formaram a base para uma grande transformação no Direito Penal. Os valores da norma em si valeram mais do que os preceitos sobrenaturais⁵, deixando o delito de se identificar com o pecado.

A primeira obra que inaugura uma transformação no pensamento penal, com forte influência do Iluminismo, foi *Dos Delitos e das Penas* em 1764 de Cesare Beccaria que defendia desde já o princípio da legalidade, separação dos poderes, as penas aplicadas de forma proporcional, contra a tortura e pena de morte. A pena deveria ter a função preventiva.⁶ “Quanto maior for o número dos que entenderem e tiverem nas mãos o sagrado código das leis, tanto menos frequentes serão os delitos”. Sobre a proporcionalidade, o autor diz: “Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas”. O autor italiano abordou de maneira precursora temas sensíveis e importantes que se debatem ainda hoje.

Ainda num ambiente sob forte inspiração do Iluminismo, após a contribuição de Beccaria, surgiu o alemão Paul Johan Anselm Ritter Von FEUERBACH, com a tese de estabelecer novos parâmetros para o delito. É importante saber que o Iluminismo se opôs à ideologia teológica do período absolutista da época. O delito deixara de ser uma agressão a Deus que indiretamente atingia o seu representante na Terra, o soberano. Houve uma mudança de paradigma, pois se passou do dano à ordem divina para ordem social. A pena já não punia mais o pecado, mas, sim, o propósito de uma reparação. O racionalismo do Estado substituiu a lei divina.⁷ Assim, estava lançada toda a base de uma enorme revolução que sofreria o Direito Penal. Já se discutia legalidade, separação de poderes e proporcionalidade da pena.

⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.90

⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. 2º Edição, Ed. Revista Dos Tribunais.

⁷ HORMAZÁBAL MALREÉ, Hermán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. Santiago: Editora Jurídica Conosur, 1992, p.14.

Inspirada nas ideias contratualistas de um Estado Liberal no contrato social de ROUSSEAU, os estudos jusnaturalistas de FEUERBACH com a tese de que o crime seria uma lesão a direitos subjetivos. Não mais aquela ideia de violação a deveres e concepções morais-religiosas. Havia um contrato social que garantia a liberdade sob a tutela de leis penais e o crime se configurava com sua violação. Vivia-se o triunfo do Estado Liberal do Direito materializado no Estado de Direito sob as bases fortes do pensamento iluminista. A primazia do Direito contra os abusos do poder despótico. O modelo liberal tinha como base a filosofia individualista. O cidadão se tornara o centro da sociedade, com seus direitos fundamentais à vida, a integridade física e liberdade garantidos. FEUERBACH representou um avanço no Direito Penal a partir da seleção dos direitos subjetivos como objeto de critérios de classificação do delito, servindo como barreira ao arbítrio legislativo, ou seja, ao próprio soberano. Assim, a inovadora obra de FEUERBACH, o credenciou a ser o criador da moderna dogmática penal, principalmente por sua influência no projeto do Código Penal da Baviera de 1813.⁸

Ele estruturou uma técnica rigorosa conceitual, descrevendo de forma precisa os tipos e sempre buscando o respeito pelo Estado de Direito, valorizando a figura do ser humano em detrimento das condutas contra a moral e religião.

A nova dogmática de FEUERBACH, substrato dos princípios do Iluminismo, sob forte influência de KANT, HOBBS e LOCKE, afirmava que na realidade, mesmo antes do contrato social, já havia os direitos subjetivos. Defendia que a existência dos direitos não dependia do seu exercício nem do reconhecimento do Estado⁹. Era inerente ao indivíduo, assegurado pelas leis penais. Tais direitos seriam a base do conceito de crime no sentido estrito. Ao invés de haver uma violação de dever para o Estado, o delito seria concebido, segundo FEUERBACH, como uma lesão ao direito individual do ofendido para exercer sua própria liberdade. Aquele que não pudesse mais exercer seu direito num eventual conflito seria a vítima. Uma lesão ao direito individual seria a impossibilidade do exercício da liberdade em face da ação de outrem.

O delito pressupunha um estado de igualdade de direitos entre autor e vítima, igualdade que se via violada quando com a execução do delito.¹⁰ Vale ressaltar que FEUERBACH

⁸ JAKOBS, Günther. Proteção de Bens Jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal. Ed. Livraria do Advogado, p.25

⁹ SCHÜNEMANN, Bernard. El derecho penal es a ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Trad. Ángela De La Torre Benítez. Cuadernos de Conferencias y Artículos, nº38, Universidad Externado de Colombia, 2007, p.11.

¹⁰ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, 3º Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.183.

também defendeu a possibilidade de haver lesões contra o Estado. Caso se o delito fosse contra os direitos deste, praticava-se um delito público. O autor construiu uma espécie de novo delito que não mais ofenderia uma pessoa isoladamente, mas sim que pudesse causar grave perigo à coletividade. Começaram as primeiras críticas à teoria formulada pelo alemão.

Os delitos de polícia, *Polizeivergehen*, como violar leis dos costumes de polícia, dedicar-se à “gula”, (beber intensamente), prestar juramento a outro vício, a extenuação, a cópula extraconjugal entre um homem solteiro e uma mulher honrada não casada. Assim como prostituição e concubinato.¹¹ Desta forma, sua teoria recebeu muitas críticas, tornando-se incapaz, uma vez que a ideia de lesão a um direito subjetivo não seria condizente aos delitos em sentido amplo, pois os referidos delitos acabariam violando o direito à obediência do Estado.

As novas condições sociais que surgiam na época, exigiam uma intervenção penal em outras áreas, permitindo que novos teóricos comesçassem a desenvolver novas ideias filosóficas na tentativa de construir algo consistente contra o consenso, desafiando a justificar a incriminação de condutas nas quais até então não eram lesivas aos direitos subjetivos. Nesse cenário se destacou BIRNBAUM, contrapondo à abstração da teoria de lesão aos direitos subjetivos, uma vez que o novo contexto era a revolução industrial, que exigia uma intervenção mais forte do Estado. Com a publicação em 1834 da obra *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*, ele defende que a prática criminosa não lesiona os direitos subjetivos, mas sim os bens protegidos pela norma, ou seja, os bens materialmente protegidos pelo Estado. Para este autor, seria fundamental a existência de um bem radicado, extraído diretamente do mundo do ser ou da realidade, que fosse importante para o indivíduo ou para a coletividade, levando o direito penal a incidir apenas sobre fatos efetivamente danosos, não sendo mais permitida aquela ideia abstrata de lesão a faculdades ligadas a um direito subjetivo, defendida por FEUERBACH. A medida em que sua teoria visou ampliar o âmbito de punição do delito, alguns teóricos classificaram como um verdadeiro retrocesso, pois deixava um considerado espaço à valoração política do Estado.¹² Desta forma, essa teoria não apresentou bens protegidos pela norma como limite ao legislador, mas, sim, como consequência do positivismo dominante. Citamos uma passagem de um artigo de SCHÜNEMANN, que resumiu o período entre BECCARIA (1764) e BIRNBAUM (1834) como “o primeiro terço dos

¹¹ JACKOBS, Günther. p-30

¹² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. P.97

250 anos da história da moderna teoria do direito penal”. Embora haja várias diferenças entre si, as visões possuem um denominador comum.¹³

É possível desenvolver, com base em considerações jusracionalistas-seja partindo de um contrato social, ou apoiando-se numa visão historizadora menos rígida desta figura – um conceito de crime que não esteja à disposição do legislador, mas que seja definindo pelo dano social que é infligido aos bens naturais ou sociais dos membros da comunidade, não sendo suficiente para tanto uma mera violação à religião ou à moral, mas sim, que esta violação afete um bem de que todos necessitam e que é protegido no interesse de todos (afetação essa cujos pressupostos não ficaram de todos claros).

Segue, então, BINDING, outro doutrinador alemão que utilizou o termo *bem jurídico* como situação valorada pelo legislador, sob um conceito formulado de uma perspectiva inerente ao sistema, considerado a proteção pelo legislador como um interesse necessário. Seguindo a linha positivista, BINDING supervaloriza o processo legislativo na formulação do bem jurídico, restringindo a uma relação total e direta em conformidade com a norma¹⁴. Um formalismo direcionado e vinculado à vontade do legislador, BINDING pôs o conceito de bem jurídico como núcleo do injusto penal, fazendo, assim, uma diferenciação entre lei e norma. A lei seria o texto legal em si; já a norma, o comando nela implícito. Nesse contexto, o bem jurídico seria a essência da norma, aquilo em que o comando escrito protege¹⁵.

Von Liszt buscou reconhecer no conceito de bem jurídico o principal interesse da pessoa e da sociedade já preexistentes ao surgimento da lei penal. BINDING enxergava mais o bem jurídico sob a concepção jurídica e Von Liszt, na sociológica. Os interesses na visão de Liszt nasciam da vida, sendo depois reconhecidos e valorados pelo Direito. Por fim, ambos reconheceram a importância da norma para o direito penal, mas criticava a teoria por estar apenas sob uma perspectiva formalista, desvinculada da essência do interesse protegido.

Direito Penal Econômico

¹³ GRECO, Luis (coord). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.

¹⁴ D’AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P66

¹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo. Ed. RT, p.44

Um século marcado por profundas transformações nas relações sociais e econômicas, atingiu boa parte da sociedade, principalmente, o indivíduo como pessoa humana. Embora os avanços científicos trouxessem benefícios indiscutíveis à melhoria de vida, também gerou muita incerteza e risco. Inovações que criaram riscos, que por sua vez tornou o homem incapaz de controlar e lidar com problemas como novas doenças, pandemias, surto de uma geração com problemas de saúde mental e muita incerteza com o futuro. Além de um cenário com mudanças, agravou-se com o fenômeno da globalização, que praticamente diminuiu as distâncias físicas e de tempo. Tudo ficou acessível num simples comando.

As relações de trabalho e econômicas passaram a ficar mais automatizadas, marcando um profundo aumento na produção em larga escala, intensificando de forma considerada a produção e o fornecimento das mercadorias pelo mundo. A cadeia produtiva composta pelo fabricante, fornecedor e consumidores se tornaram anônimas nesta sociedade de massa sem a exposição de outrora quando se conseguia que uma pessoa comprasse uma mercadoria de um produtor ou mesmo de um fornecedor, que já tinham seus clientes fidelizados pelas compras constantes. Agora, essas relações comerciais se tornaram impessoais e mais complexas pela intensa conexão dos agentes econômicos, causadas pela globalização. As economias das pessoas podem ser objeto de uma ampla opção de investimento, principalmente, via mercado de capitais. A captação de recursos pelas instituições financeiras não tem mais fronteiras e pela ampla exposição, estão mais vulneráveis às fraudes. A crise de 1929, conhecida como a Grande Recessão, foi a prova como uma quebra na bolsa de valores nos EUA repercutiu mundialmente na economia de vários países. A produção industrial, o consumo e o comércio internacional, principalmente entre os Estados Unidos e Europa, despencaram, aqui no Brasil, os cafeicultores ficaram arruinados.

O mundo pós-moderno gerou enormes desafios para os juristas e filósofos, os quais foram obrigados a responder aos desafios de tragédias, como as duas grandes guerras e a convivência com os riscos da modernidade por anos a fio. Com profundas transformações, como o Estado poderia reagir, regulando a vida em sociedade? O Direito Penal, como instrumento que o Estado se vale para pacificar e organizar a vida em sociedade, deve intervir em todas essas transformações na sociedade? Se no passado, o objetivo do Direito Penal era a proteção aos bens jurídicos individuais, como a vida e o patrimônio, percebeu-se, com o passar dos anos, uma intervenção naquelas condutas lesivas aos interesses difusos e abstratos, como a

ordem econômica e ao meio ambiente, conhecidas como as condutas de tipos penais de perigo abstrato.

Essa mudança de paradigma não ficou livre de críticas. Alguns autores e operadores do Direito entenderem como ilegítima a expansão do Direito Penal em áreas antes nunca alcançadas, pois violariam os princípios da ofensividade, da proporcionalidade e da subsidiariedade do Direito Penal.

As origens do Direito Penal Econômico remontam a política intervencionista do Estado logo após a Primeira Grande Guerra, mobilizando todos os esforços na reconstrução dos Estados como forte intervenção estatal¹⁶. Foi a realidade que forçou o Estado a controlar os rumos da economia, uma vez que recursos foram utilizados para reconstrução de boa parte da Europa. O protagonismo estatal suplantou o modelo liberal, passando a intervir diretamente na economia, como um movimento inevitável, assim, a utilização do Direito Penal, como um arsenal de medidas econômicas, jurídicas e administrativas¹⁷.

O Direito Penal Econômico protege a ordem econômica e surgiu com o desenvolvimento do progresso, tecnológico, econômico e social, destinando a combater a criminalidade, cujas características vale destacar como a dinamicidade, impessoalidade e o anonimato. Proteção de bens jurídicos supraindividuais de cunho econômico, a utilização de tipos penais de perigo abstrato, previsão de tipos normativos que remetem à tutela administrativa com temática econômica, delitos praticados no seio de grandes corporações empresariais e a existência de grande número de vítimas

. Recordamos outra passagem importante que foram os estudos de Sutherland¹⁸ que trataram acerca do *white-collar crime*, que contribuiu bastante para a compreensão sobre esta nova forma de criminalidade, cuja autoria seria praticada por pessoas com alto grau de status social e profissional. O delinquente do “colarinho branco” seria um homem de negócio, contrastando com aquele trabalhador da classe proletária. Aqui no Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira que passou a dispor sobre a proteção da economia popular, com o Decreto-Lei 869/38 em que já tratou da tipificação contra esta, que viria a sofrer modificações com a conhecida Lei 1.521/51, Lei da Economia Popular. Na legislação brasileira podemos identificar os seguintes crimes de conteúdo econômico: os delitos contra a ordem econômica: art.4º e 5º

¹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo. Ed. Revista dos Tribunais. P.20.

¹⁷ TIEDMANN, Klaus. Poder económico y delito. Introducción al Derecho Penal económico y de la empresa. P.16

¹⁸ SUTHERLAND, Edwin H. *White-collar crim: the uncut version*. New York: Vail-Ballou, 1983. P 07.

da Lei 8.137/1990 e o art.1º e 2º da Lei 8.176/1991; os delitos contra o sistema financeiro: art. 2º ao 23 da Lei 7.492/1986 e art. 10 da Lei Complementar 105/2001 e art.359-A e art.359-H do Código Penal, sistema financeiro público. Delitos contra o mercado de capitais: art. 27-C, 27-D e 27-E da Lei 6.385/1976. Lavagem de dinheiro: Lei 9.613/1998. Delitos contra a ordem tributária: art. 1º ao 3º da Lei 8.137/1990 e art.334 do Código Penal. Delitos contra a Previdência Social, art. 168-A e 337-A do Código Penal. Delitos Societários, art. 177 do Código Penal. Delitos contra o enriquecimento ilícito, art. 9º da Lei 14.230/2021 e os delitos contra a relação de consumo, art. 63 ao 76 da Lei 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor.

Diante da criação de vários tipos penais, principalmente na área do Direito Penal Econômico e no meio ambiente, parcela da doutrina, vem esboçando um movimento contra essa expansão. É uma corrente ultraliberal que defende a mínima intervenção jurídico penal do Estado, que propõe o chamado Direito Penal básico, defendendo a incidência apenas daquelas condutas que atentassem contra determinados interesses individuais, como a vida, saúde, liberdade e propriedade. Estes autores, integrantes da Escola de Frankfurt (*Frankfurterschule*), idealizada por *Winfried Hassemer*, o qual entende que a expansão do Direito Penal para proteger interesses diversos daqueles defendidos pela intervenção mínima, seria ilegítima.

Os defensores da modernização e expansão do Direito Penal sustentam que tanto este como os outros ramos do direito, devem adaptar-se às modificações sociais e as peculiaridades da modernidade e desta maneira não poderia ser semelhante ao Direito Penal construído no período Iluminista, pois a sociedade moderna rompeu com o passado e assim, o Direito Penal deveria se livrar do Direito Penal clássico, que não seria capaz de proteger as condições atuais da vida em sociedade e adaptar-se às necessidades reais dos integrantes de uma localidade. Resultado da modernidade, novos conflitos sociais e danos substancialmente diferentes daqueles existentes do passado, tais quais os danos ao meio ambiente e à ordem econômica, exigiria uma atualização do Direito Penal para tutelar esses novos interesses, levando a expansão da tutela criminal em áreas nunca alcançadas.

Um embate dialético é travado entre duas correntes de pensamento no Direito Penal: os que defendem o interesse na diminuição da violência no sistema penal e a redução dos delitos. Quando o Estado impõe um sanção penal, confronta-se com duas pretensões legítimas marcadas na proteção da pessoa dos mais variados abusos cometidos por outro semelhante, como também no dever de intervir na liberdade dos indivíduos sem violar os direitos fundamentais. No meio deste debate entre os adeptos da Escola de Frankfurt e os defensores da expansão do Direito

Penal sobre a legitimidade ou não do aumento do poder punitivo em algumas áreas, a discussão vai além, pois a questão é se a legitimidade do Direito Penal, ampliando ou não seu poder punitivo exercido pelo Estado é essencial, verificando se este ramo do direito público cumpre um papel positivo para o indivíduo e para coletividade. Caso se confirme a assertiva, analisar, então, qual a finalidade do Direito Penal e se as normas produzidas estão em harmonia com os motivos que a levaram a sua existência.

Eugênio Raul Zaffaroni, defende que não se pode incluir, entre os fins do Direito Penal, a noção de prevenção, pois toda tese que possa justificar a prevenção pelo exercício do poder punitivo estatal, legitimaria um verdadeiro estado policial que sobrevive adormecido dentro do Estado de Direito. Tais restrições impostas pelo sistema penal, configuraria um exercício do poder punitivo de caráter político, que se daria por vários meios, como o poder de controlar e vigiar as pessoas e suas ideias, de violar a vida privada e restringir a liberdade sem controle judicial. Ele defende que a função clássica do Direito Penal seria a defesa contra o estado de polícia, barrando o poder punitivo que há no Estado de Direito e não a prevenção dos crimes.

19

Esta tese defendida por Zaffaroni nos leva a crer que ele defende a abolição do Direito Penal, uma vez que já como não há uma função positiva que legitime a imposição de sanções penais pelo Estado e se o sistema criminal configura apenas uma seletiva e discriminatória função punitiva exercida pelas classes dominantes sobre as menos favorecidas, não haveria motivo para sua existência. Essa defesa abolicionista que visa humanizar mais o sistema criminal, não conseguiu apresentar outro modelo de pacificação dos conflitos como alternativa ao atual. Opções como reparação civil do dano, via tentativa de conciliação entre vítima e réu, são incompatíveis com a complexidade das sociedades modernas, cujas relações são dinâmicas e difusas, inviabilizando nas hipóteses dos crimes mais violentos ou naqueles em que há um número indeterminado de vítima. As teses abolicionistas tiveram mais acolhida nos países nórdicos, onde a criminalidade é bem reduzida, configurando a chance de maior êxito na solução dos conflitos.

Substituir o Direito Penal por outras formas de controle que transfira para sociedade, alternativas para limitar e restringir o poder punitivo do Estado, seria apenas uma abolição do

¹⁹ A teoria é conhecida como negativa ou agnóstica da pena: negativa porque não atribui qualquer função positiva para pena e agnóstica porque quanto à sua função, reconhece desconhecê-la. BATISTA; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2003 p.98

instrumento que o Estado se vale para combater o crime e não a finalidade de pacificar o conflito entre os homens.

Ser contra o sistema penal, visando apenas combater um dos objetivos do Direito Penal, qual seja, a redução da violência estatal, é um equívoco, porque o sistema criminal não se esgota somente na contenção do poder punitivo do Estado e no arbítrio e, sim, na diminuição da violência privada, até porque tão importante quanto evitar a violação dos direitos fundamentais pelo Poder Público, é evitar que um particular afronte a liberdade de outrem. Assim asseverou a Constituição Federal de 1988, quando acolheu o modelo de Estado de Direito Social e Democrático, valorizando como fundamento da República Federativa do Brasil a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Desta feita, a atuação do Estado na seara Penal deve se alinhar aos preceitos constitucionais.

Uma condição que é irrenunciável na vida em sociedade é o controle social. Os elementos fundamentais que dão base, sem dúvida, são a norma e a sanção. Por meio desses dois elementos, a sociedade cria as regras de convivência, evitando comportamentos antissociais, fazendo uso da ameaça com a imposição de sanções. Todavia, a sociedade atual dispõe de vários de controle social. Destacamos a família, a escola e a Igreja como instrumentos informais de controle, pois há as ditas normas de conduta entre as pessoas que dela fazem parte. Além dos controles informais, a sociedade detém o mais eficaz que dele, cujo monopólio, através do Estado, num contexto mais amplo, se utiliza o Direito Penal com suas normas coercitivas.²⁰

O monopólio da força exercido pelo Estado para conter condutas destoantes, assume de forma concomitante o compromisso de executar de maneira menos arbitrária do que faria o particular e mais severa possível via norma legal. Por essa razão, o Direito Penal tem a legitimidade para atuar de formar eficaz no combate ao crime, conforme as regras formais, evitando o arbítrio com uso de critérios mínimos que justifiquem a tipificação ou não de certos comportamentos, reforçando a tese que o objetivo do Direito Penal está na proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e a coletividade.

Embora o tema jurídico não encontrasse um consenso acerca de utilizar os critérios precisos para elucidar o problema da contenção do arbítrio estatal, sua utilização depende de vários fatores, tais como as escolhas pelo legislador dos bens que serão tutelados, o que será

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Boch, 1992.

realmente relevante e o que irá restringir. O desafio que surge na sociedade do risco, cujo bem jurídico é cada vez mais abstrato, como o meio ambiente e a ordem econômica, que têm uma importância fundamental para serem objeto de tutela.

A necessidade de se tutelar tais interesses provocou uma revolução, porque identificou-se uma espécie abstrata dos bens jurídicos, dificultando a causa material direta dos danos, tendo como consequência a antecipação da tutela penal, com a finalidade de alcançar as condutas de perigo abstrato. Por isso, existe a necessidade de um instrumento que fosse capaz de oferecer parâmetros seguros, mais concretos para coibir questões subjetivas do legislador e para que houvesse legitimidade, o caminho só restaria a Constituição Federal, uma vez que é a partir dela que se encontra o modelo de Estado, com diretrizes em que a sociedade irá se guiar, convergindo toda a ordem jurídica.

A tipificação de comportamentos que afetem bens coletivos e intangíveis, como meio ambiente e a ordem econômica, decorre de uma realidade social, cuja característica é a presença de comportamentos que produzem riscos que se propagam pelo mundo e caso não sejam contidos tais riscos, poderão agravar o convívio social e um número incalculável de pessoas. Estes bens receberam tratamento na Constituição Federal no art. 225, que versa sobre o meio ambiente e no art. 170, que dispõe sobre a ordem econômica. Não deixando dúvida da importância e relevância no seio da sociedade. Fica mais que latente que os maiores prejuízos suportados pelas pessoas atualmente vêm dos comportamentos que afetam exatamente os bens difusos e abstratos.

Considerações finais

Duzentos anos de história dogmática foi o tempo que se formou boa parte da teoria do bem jurídico. Ela sofreu críticas sobre como serviu para limitar o poder do legislador de incriminar certas condutas, porém ainda hoje se mostra como o mais eficiente instrumento crítico da intervenção penal. Fato que alguns autores, como Stratenwerth e Jakobs chegaram ao extremo de retirar a importância crítica do bem jurídico, mas vale salientar que a maior objeção contra a teoria do bem jurídico reside na falta de precisão conceitual.

O Estado ainda recorre ao Direito Penal como último instrumento de controle social mais rígido para regular a sociedade a fim de perseguir os objetivos traçados pela Constituição Federal de um Estado Democrático de Direito e Social. É desta maneira que se possibilita a

garantia dos direitos a cada cidadão, fortalecendo a personalidade de cada um, legitimando, assim, um fator importante para intervenção penal na liberdade de cada pessoa.

O processo de modernização que vem sofrendo o Direito Penal, principalmente pela globalização econômica, exigiu a tutela de novos interesses, especialmente aos bens jurídicos coletivos, pois o alto grau de abstração e complexidade, foi preciso identificar um bem jurídico em certos crimes, abrangendo o conceito e possibilitando ao legislador lidar melhor com o perigo abstrato.

Assim, concluímos que os crimes de perigo abstrato não são incompatíveis com a teoria do bem jurídico, uma vez que estão em planos diferentes. Enquanto o bem jurídico busca o que proteger; nos crimes de perigo abstrato visa responder como proteger. A discussão não se encerra com este artigo, porque urge uma atualização constante do Direito Penal à nova realidade social, que hoje é conhecida como a sociedade do risco, como também não podemos ter como panaceia a responsabilidade exclusiva do Direito Penal como prevenção dos novos riscos, mas sim não impedir que o Estado intervenha quando estritamente necessário, cumprindo sua missão constitucional.

REFERÊNCIAS

- BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Bem Jurídico-Penal. Ed. Quartier Latin, 2014.
- BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- D'AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- FERRAJOLI Luigi. Derecho penal de la democracia vs seguridad pública. Granada: Comares, 2005.
- GRECO, Luis (coord). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. HORMAZÁBAL MALREÉ, Hermán. Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal. Santiago: Editora Jurídica Conosur, 1992.
- JAKOBS, Günther. Proteção de Bens Jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal. Ed. Livraria do Advogado.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona: Boch, 1992.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo. Ed. RT, 2006.

SUTHERLAND, Edwin H. White-collar crim: the uncut version. New York: Vail-Ballou, 1983

TIEDMANN, Klaus. Poder económico y delito. Introducción al Derecho Penal económico y de la empresa.