

UMA (RE) LEITURA DO GARANTISMO PENAL À LUZ DA PROTEÇÃO PENAL DOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS

José Ferreira Coelho Neto

Advogado. Graduado em Direito. Professor de Direito Penal e Processual Penal. Especialista em Direito do Estado e Pós-graduando em Ciências Criminais pelo JusPodivm. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender o novo papel dos bens jurídicos supraindividuais no Estado Democrático de Direito e, neste novo contexto, qual o papel do Direito Penal. Para esta tarefa, analisa-se o conteúdo do princípio da igualdade e sua relação com a seletividade do sistema penal. Identificando este problema, parte-se para a definição da criminalidade dos poderes, normalmente isentada dos processos de criminalização, e, considerando que este perfil criminoso tende a afetar mais diretamente os bens jurídicos supraindividuais, defende-se uma política criminal mais voltada para estas condutas. Esta política criminal, por sua vez, sofre com uma acentuada resistência da doutrina, pautada na apropriação indevida do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Este artigo, neste debate, trabalha com uma leitura mais ampla do garantismo, no que vem se convencendo chamar de garantismo penal integral ou garantismo positivo.

Palavras-chave: Bens jurídicos supraindividuais. Seletividade do sistema penal. Criminalidade dos poderes. Modernização do sistema penal. Garantismo penal integral.

1. Introdução

Primeiramente, será analisado, neste trabalho, o processo de evolução histórica da doutrina do bem jurídico, no seu labor em busca de estabelecer e difundir o conceito, bem como a sua relação com os modelos de Estado vigentes a cada período histórico, de acordo com o conteúdo político-ideológico que cada um deles encerra.

Depois, será o momento de avançar para a diferenciação entre os bens jurídicos individuais e os supraindividuais, com a conseqüente tentativa de conceituação destes últimos, aos quais se dedica precipuamente esta investigação. Estes figuram, desde já se afirma, entre os bons frutos do Estado Democrático de Direito, que inseriu de forma mais enfática na comunidade jurídica brasileira os direitos difusos e coletivos.

Gradativamente, a proteção destes interesses, que não se identificam com apenas um cidadão individualmente considerado, mas com toda a coletividade ou com um grupo determinado ou determinável de pessoas, vem galgando uma posição de maior relevância.

Na esfera penal, porém, ainda existe um hiato muito grande na regulamentação e tutela de tais direitos. Ademais, mesmo quando a lei penal lhes dispensa alguma atenção o faz de forma deficiente ou mesmo insatisfatória, de um lado, ante a exiguidade das penas e a injustificada quantidade de benesses penais e processuais, e de outro, pela má técnica legislativa e por um sem número de antinomias e aporias.

Feito isto, forçosa a constatação, de que o Direito Penal ainda intervém de forma mais enérgica para proteger bens jurídicos de cunho liberal iluminista, conforme apregoa um movimento doutrinário de resistência a esta tendência. Este movimento, denominado de discurso de resistência, busca seu referencial teórico, em grande medida, no garantismo penal, apontando-o como fundamento impeditivo para a proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais.

Contudo, este trabalho pretende demonstrar que há um grande equívoco em colocar o garantismo, enquanto teoria, como fundamento de um discurso de resistência à modernização do Direito Penal. Para esta tarefa será realizada uma nova leitura do garantismo penal, investigado sob o pressuposto da necessidade de uma mudança paradigmática, a fim de que se ampare de forma mais séria, sistemática e efetiva os bens jurídicos supraindividuais.

Também se verificará que esta necessidade de reavaliação do paradigma penal e da interpretação corrente do garantismo penal conta com apoio nos dizeres do próprio Luigi Ferrajoli, principal teórico do garantismo, para quem “a questão penal, que a mudança da questão da criminalidade deveria fazer ser hoje repensada radicalmente, seja do ponto de vista da efetividade seja da técnica de tutela e garantia” (tradução livre)¹.

Assim, na tarefa de adequar o direito penal à proteção dos bens jurídicos do Estado Democrático de Direito, este trabalho buscará desenvolver uma nova leitura que fará do garantismo penal um importante aliado do processo de modernização, superando a sua indevida apropriação pelo discurso de resistência.

2. Dos bens jurídicos penais

Para caminhar na tarefa proposta, de compreender e reconhecer a importância dos bens jurídicos supraindividuais e como se dá sua relação com a criminalidade dos poderes, faz-se necessário perpassar pela relevante teoria do bem jurídico, delimitando seu conceito e suas funções sem perder de vista a sua natural e importante conexão com a evolução histórica dos direitos fundamentais e consequentemente com a Constituição.

2.1. Notas sobre histórico, conceito e importância

Imperativo, por questões de otimização do trabalho, deixar de lado a abordagem acerca das concepções formuladas antes do período Iluminista, pois seria despidendo pontuar períodos como o antigo ou o feudal, em que a resposta penal não era mais que uma resposta ao pecado ou a uma direta agressão à divindade, aí incluídos seus diretos representantes, Reis, Rainhas, Príncipes e demais “Soberanos”.

A doutrina do bem jurídico, assume papel de destaque no Século XIX, com Birnbaum, para quem o objeto jurídico do delito era a existência de um bem radicado no mundo do ser que fosse importante para o indivíduo ou para a coletividade, passível de ser lesionado pela ação delitiva.

ENTRE ASPAS

Numa perspectiva posterior, sob a égide do positivismo, tem destaque a posição de Binding. Como indicava o referencial teórico daquele autor, o prisma para compreender o bem jurídico era o de sua relevância para a ordem jurídica, numa perspectiva eminentemente formal. Elaborando uma síntese deste período preliminar, o professor Cezar Roberto Bittencourt².

O conceito de bem jurídico somente aparece na história dogmática em princípios do século XIX. Diante da concepção dos iluministas, que definiam o fato punível como *lesão de direitos subjetivos*, Feuerbach sentiu a necessidade de demonstrar que em todo preceito penal existe um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objeto de proteção. Binding, por sua vez, apresentou a primeira depuração do conceito de bem jurídico, concebendo-o como *estado valorado* pelo legislador. Von Liszt, concluindo o trabalho iniciado por Binding, transportou o centro de gravidade do conceito de bem jurídico do Direito subjetivo para o “interesse juridicamente protegido”, com uma diferença: enquanto Binding ocupou-se, superficialmente, do bem jurídico, Von Liszt viu nele um conceito central da estrutura do delito.

A teoria do bem jurídico, a esta altura, vinha se desenvolvendo com expressiva intensidade em terras europeias. Como não poderia deixar de ser, sofreu grandes influxos do período fascista e nazista, que culminou com a Segunda Guerra Mundial.

Em determinados países, como na Alemanha e na Itália, esta perspectiva intervencionista atingiu um patamar que extrapolou as perspectivas do Estado do bem estar social, especialmente porque tinha fundamento político-ideológico numa concepção eugênica e autoritária.

Dentro desta perspectiva, servia mais aos interesses políticos uma teoria do Direito de diminuta concepção crítica, que tivesse em maior conta a forma do que o conteúdo das normas jurídicas e que, de forma reducionista, deixasse a escolha do que era importante ao total arbítrio do legislador.

Assim, no que tange ao bem jurídico, pontuava-se que o delito seria uma mera violação ao dever de obediência. Concepção que por ser ao mesmo tempo abstrata e autoritária, estava plenamente adequada aos interesses estatais dominantes à época. Assim pondera Muñoz Conde³, em obra sobre Mezger e os discípulos da Escola de Kiel:

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).

Somente no pós-guerra, superada a pretensão de tutelar apenas o dever jurídico de obediência do cidadão, e com mais vigor especificamente na década de setenta, o conceito de bem jurídico retomou um papel de maior relevância. A evolução das novas teorias constitucionais, retomando a tradição liberal que fundamentou o princípio do constitucionalismo moderno, procurava reformular os critérios capazes de limitar o poder do legislador penal, limites que, com o positivismo, não eram satisfatoriamente impostos no campo material.

É com esta tarefa importante que se buscou promover o desenvolvimento do conceito

de bem jurídico, que resiste a despeito das críticas⁴ e da ausência de uma definição conceitual pacífica na doutrina. No entanto, trazendo à baila alguns posicionamentos abalizados, permite-se uma compreensão mais ampla do instituto, tarefa investigativa que foi bem realizada por Luiz Regis Prado. Destacam-se os comentários feitos às posições de Welzel e Roxin⁵.

(...) Welzel considera o bem jurídico como um ‘bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente’. E que a missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais da ação mais elementares. (...) Entende Roxin que bens jurídicos são ‘pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e, em sua opinião, o Estado Social deve também proteger penalmente...’

Vislumbra-se, sob esta conceituação, que o bem jurídico tem como pressuposto um conteúdo social anterior, que é elevado pelo legislador, com a proteção jurídica, à condição de bem jurídico. Dá-se aí uma relação interessante, posto que o bem jurídico é importante socialmente e por isso é tutelado penalmente; mas, ao mesmo tempo, é importante socialmente justamente por ser juridicamente tutelado⁶.

O bem jurídico, em outras palavras, é um fato, como interesse socialmente relevante, que recebe a valoração do legislador penal, o que leva à produção da norma penal que tutela exatamente aquele bem considerado valioso para aquela dada comunidade em dado momento histórico.

Feito este panorama geral, deve a abordagem adentrar naquelas que são as principais funções do bem jurídico, campo onde seguramente se tem controvérsia um pouco menor. Regis Prado⁷ afirma que serve o bem jurídico para limitar o poder punitivo do Estado, como critério informador na atividade legislativa penal. Claus Roxin⁸ afirma ainda que o conceito por ele defendido é “um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador fronteiras de uma punição legítima”

Tem ainda função teleológica ou interpretativa, na medida em que condiciona o sentido da norma à proteção de um determinado bem jurídico. Também relevante a função individualizadora, servindo como parâmetro para a fixação da pena a gravidade e intensidade da lesão ao bem jurídico, bem como a sua importância social. Destaca-se ademais a função sistemática, auxiliando na organização, estruturação e classificação temática dos tipos no Código Penal.

Todas estas funções são, ora em maior, ora em menor medida, limitadoras da atuação do Estado e em especial de seu poder legislativo. Sendo, sob o prisma liberal-iluminista, a regulamentação e limitação do Poder a preocupação central no âmbito da teoria do Estado e do Direito Penal, o bem jurídico assume papel de destaque como parâmetro limitador do poder coercitivo. Nas palavras de Luciano Feldens⁹:

Em um Estado Democrático de Direito, a noção de bem jurídico desempenha um papel inquestionavelmente preponderante, operando como um fator decisivo na definição da função do Direito Penal, clarificando as fontes e os limites do *jus puniendi* e conferindo, demais disso, legitimida-

ENTRE ASPAS

de ao Direito Penal. (...) Sob esta perspectiva, qualifica-se o bem jurídico como um autêntico ponto de referência, um pensamento reitor na formação do tipo penal...

Pode se observar que, à medida que a teoria do bem jurídico impõe os limites para o legislador, ao afirmar que a intervenção penal deve respeitar a necessidade de proteção subsidiária de bens jurídicos lesionados ou em perigo de lesão em razão da conduta criminosa, também considera que a criminalização que se efetiva dentro destes parâmetros será legítima. São duas faces da mesma moeda.

Não há como se falar em legitimação do Direito Penal, na atual fase de evolução dos direitos fundamentais, sem que a Constituição seja o ponto central e superior, de onde emanam (ou deveriam emanar) as diretrizes de Política Criminal. Isto se justifica precisamente porque o conceito de bem jurídico depende fundamentalmente de um substrato fático-social e do respeito aos princípios reitores que limitam formal e materialmente a produção legislativa, ambos contidos na Constituição.

A Constituição, afinal, é o instrumento normativo no qual são positivados os valores fundamentais de determinada sociedade, num pacto social e político produzido em determinado contexto histórico, regulando as estruturas do poder estatal e regendo a vida social. Neste instrumento, segundo Canotilho¹⁰, “entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.”

Na Constituição, portanto, figuram os bens, aí compreendidos os interesses, direitos e valores, fundamentais de determinada sociedade em dado momento histórico. São, portanto, os bens jurídicos primordiais daquela comunidade. Dentre estes bens jurídicos constitucionais, haverá uma gradação de maior ou menor relevância, e apenas aos bens jurídicos constitucionais de maior relevância deverá se destinar a proteção penal.

Em suma, viu-se, nesta breve investigação preliminar, o papel central que ostenta a teoria do bem jurídico no campo penal, bem como a sua íntima relação com os valores primordiais insertos no pacto fundamental que é a Constituição. Destarte, necessário tratar de forma mais detida este importante aspecto, compreendendo quais os reflexos impostos, na teoria do bem jurídico, pelas diversas concepções de Estado.

2.2. Do Estado Liberal de Direito ao Estado Democrático de Direito – dos bens jurídicos individuais aos bens jurídicos supraindividuais

A definição tradicional de bem jurídico vem sendo atualmente revisitada, a partir da compreensão de que é fruto, como ciência social, de um processo evolutivo ainda em curso. Outrossim, a estreita relação entre bem jurídico e Constituição e as diversas concepções que surgem a partir do constitucionalismo, tornam imperativa a investigação acerca da relação entre bem jurídico e o modelo de Estado vigente.

Por esta razão, parte-se para um pequeno resgate histórico acerca da transição ocorrida entre a consagração do Estado Liberal de Direito e, posteriormente, do Estado Social e Democrático de Direito, pela compreensão necessária da influência que tal evolução tem na (re) definição dos direitos fundamentais e da escala de valores primordiais da sociedade.

Com o Estado Liberal de Direito, primeiro espécime dos Estados constitucionais, decor-

rente da Constituição americana, mas, com maior relevância, dos preceitos da Revolução Francesa, surgiu uma gama enorme de novos direitos e garantias, de nítido caráter individual.

As primeiras Constituições ou Cartas de Direito se destinavam a estabelecer os direitos humanos fundamentais, com o fim de privilegiar o Império da Lei e do Direito, a separação de poderes e o respeito às liberdades individuais do cidadão. Assim sintetiza José Afonso da Silva¹¹:

Na origem, como é sabido, o *Estado de Direito* era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo cidadão, (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Essas exigências continuaram a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal. (*grifos no original*).

Ao Estado, assim, era permitida apenas uma atuação não invasiva (negativa) à esfera jurídica pessoal dos indivíduos. Só que o conteúdo deste “não atuar” estatal é muito mais amplo do que se percebe à primeira vista. Isto porque o Estado Liberal de Direito é expressão dos interesses da classe burguesa e a imposição de abstenção do Estado se estende tanto ao campo econômico quanto ao campo político, expressando, durante longo período, o liberalismo econômico e o liberalismo político.

São consagrados, neste período, portanto, aquilo que a doutrina convencionou denominar de direitos fundamentais de Primeira Geração, ou direitos de Liberdade. Porém, estes Direitos de Liberdade não tinham um alcance universal como a ideologia burguesa pretendia *a priori* indicar. Ao contrário, foi o fundamento ideológico para perpetuar o poder político da burguesia, na medida em que as classes proletárias não tinham condições materiais para se inserir no contexto político e nos espaços formais de deliberação política.

Com a imposição jurídico-constitucional (e ideológica) de um Estado inerte, não se transpôs (e nem era essa a pretensão da burguesia) as perspectivas de uma liberdade formal, de uma igualdade formal, de uma fraternidade formal. Nas palavras de Marx e Engels, tinha-se uma mera liberdade filosófica, não uma liberdade real¹².

Essas críticas provenientes do referencial socialista, ainda no Século XIX, levaram certos países à Revolução Proletária. Em outros, especialmente no mundo burguês ocidental, o Estado Liberal não sucumbiu, mas cedeu em certa medida às pressões sociais e políticas. A Primeira Guerra Mundial e a crise econômica de 1929 foram também estopins importantes que estabeleceram definitivamente a necessidade de o Estado abarcar as necessidades sociais de modo concreto, para além da mera abstração que imperava até ali.

Primeiro com a Constituição mexicana de 1917, mas principalmente com a política do *Welfare State*, a intensa demanda por direitos de cunho social finalmente logrou a ampliação de sua relevância constitucional. O Estado Liberal, assim, foi forçado pelas circunstâncias a modificar alguns de seus parâmetros centrais, abarcando novos direitos, de índole essencialmente coletiva.

ENTRE ASPAS

Adentra-se a um momento de maior participação do Estado na vida social, abandonando-se um papel meramente abstencionista para a assunção de uma atuação positiva, prestacional. Igualmente se busca a superação de um Estado meramente formal para um Estado material. Lucas Verdú¹³, citado por José Afonso da Silva, trata desta transição:

Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.

Essa nova concepção constitucional busca a realização concreta dos chamados Direitos de Segunda Geração, ou dos Direitos de Igualdade, em grande medida já positivados constitucionalmente. Contudo, não é difícil notar que esta realização da igualdade no plano material não logrou efetiva concretização, o que, sem temor, deve ser atribuído à incompatibilidade do sistema capitalista com os progressos sociais, em razão do desvirtuamento liberal que sofreu a concepção preliminar de Estado Social, especialmente nos países do “Terceiro Mundo”. Paulo Bonavides¹⁴ afirma, com propriedade, que:

Tem-se observado, ali, por derradeiro, a ocorrência de um Estado social regressivo, já na esfera teórica, já no patamar programático. Tudo em consequência das formulações neoliberais da globalização. De tal sorte que o Direito Constitucional da segunda geração desfigurou-se e tomou, de último, a feição neoliberal, derivada no Primeiro Mundo da dissolução dos modelos sociais, da perda de expansão de seus valores, do discurso reacionário dos interlocutores do capitalismo, que colocam, acima de tudo, nas perspectivas globais do progresso e da civilização, a dimensão das operações lucrativas, das finanças e dos altos interesses empresariais, criando, ao mesmo passo, nas extremidades da tecnologia avançada, esse sofisma de mercado que é a chamada Nova Economia, a qual empurra, paradoxalmente, o Terceiro Mundo, pela via oblíqua das especulações, para o insondável abismo do neocolonialismo.

Ademais, o Estado Social de Direito servia, em certa medida, a qualquer das representações ideológicas vigentes no período. Citando Bonavides, José Afonso da Silva¹⁵ alerta sobre a ausência de critérios sólidos de adequação ideológica e política na definição de Estado Social:

Todas as ideologias, com sua própria visão do *social* e do *Direito*, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 – bem observa Paulo Bonavides – foram “Estados sociais”, o que evidencia, conclui, “que o Estado social se com-

padece com regimes políticos antagônicos, como sejam democracia, o fascismo e o nacional socialismo.”

Em razão do peso de tais críticas, um novo esforço hermenêutico compreende a necessidade de um novo modelo de Estado que atenda não só aos ideais liberais e sociais, mas que também conforme um perfil político democrático, amparado em Direitos de participação popular efetivos, na realização democrática da inserção social, cultural, econômica e política dos cidadãos, oriunda de uma participação ativa do Estado na realização dos direitos humanos fundamentais.

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, devem ser amparados tanto os Direitos de Liberdade, de Igualdade quanto os chamados Direitos de Terceira Geração, além dos (pós) modernos direitos de Quarta e até Quinta Geração, como a biotecnologia, manipulação genética, a paz e os direitos informáticos.¹⁶

Constata-se, em suma, que a teoria do bem jurídico relaciona-se de forma íntima com a evolução dos modelos de Estados ora apresentada. Com base nesta lógica, é possível estabelecer o direto contato entre o Estado Liberal de Direito e os bens jurídicos individuais, como liberdade, honra, vida e propriedade. São bens jurídicos umbilicalmente associados ao paradigma liberal e individualista, refletindo de forma considerável os interesses da classe burguesa.

Entretanto, com a crise e superação do paradigma do Estado Liberal, também se tornou imperativa a superação, na teoria do bem jurídico, de um paradigma penal que restringisse o uso de seus instrumentos de tutela apenas para a proteção dos bens jurídicos individuais. Autores, como Roxin¹⁷, reconhecem esta necessidade:

Em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (...), mas também as instituições estatais adequadas para este fim, sempre e quando não se possa alcançar de forma melhor.

(...) Um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade. Entretanto, estes somente são legítimos quando servem definitivamente ao cidadão do Estado em particular.

De outro lado, tarefa complexa é a definição conceitual dos chamados bens jurídicos da generalidade, ou bens jurídicos supraindividuais. O primeiro ponto de conceituação é a verificação de que os bens supraindividuais são de titularidade não individualizada, ora pertencendo ao Estado e à sociedade como um todo, ora a grupos de pessoas determinadas ou determináveis. Esta distinção é feita por Luiz Flávio Gomes¹⁸, nos seguintes termos:

Os bens jurídicos, segundo o sujeito titular, são *individuais* (os que pertencem às pessoas singulares: vida, saúde, pessoal, liberdade, propriedade, honra, etc.) ou *supra-individuais*, que se subdividem em bens *públicos* ou *gerais* ou *institucionais* (os que pertencem ao Estado ou órgãos ou entida-

ENTRE ASPAS

des públicas ou à sociedade em seu conjunto: interesses da administração da justiça, segurança do Estado, etc.) e *difusos* (bens de um grupo amplo e determinado ou determinável de pessoas: delitos contra a saúde pública, o meio ambiente, segurança do tráfego, dos consumidores, etc.)

Os bens públicos ou gerais ou difusos têm em comum seu caráter supra-individual, isto é, seu titular não é um indivíduo determinado, não obstante devem ser distinguidos: os primeiros relacionam-se com a sociedade em seu conjunto ou ao Estado; os segundos, por sua vez, pertencem a uma pluralidade de sujeitos mais ou menos determinados ou determináveis.

Outros autores, porém, trabalham com definição diferente e aparentemente mais clara e precisa. Neste sentido, tendo como base a classificação popularizada por Luiz Regis Prado, Sheilla Coutinho das Neves¹⁹:

Os bens jurídicos metaindividuais são autônomos e têm conteúdo material próprio e são classificados em: bens jurídicos institucionais (públicos ou estatais), nos quais a tutela supra-individual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de direito público (Administração Pública, administração da justiça); bens jurídicos coletivos são aqueles que afetam um número mais ou menos determinável de pessoas (saúde pública, relação de consumo); e bens jurídicos difusos, que têm caráter plural e indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo (ambiente).

Estes bens jurídicos, por sua vez, estão relacionados aos preceitos do Estado Social e Democrático de Direito, concepção que pretende tutelar e incrementar os direitos de cunho social e coletivo. A doutrina tradicional do bem jurídico, assim, passa a compreender a necessidade de amparar novos direitos fundamentais, direitos inseridos na esfera constitucional com igual ou até mesmo maior relevância do que os direitos individuais ditos “clássicos”. Esta tarefa, como já indicado, deve ter como parâmetro primordial aquilo que a Constituição indica a guisa de direitos fundamentais. Neste sentido, Regis Prado²⁰

Para selecionar o que ou não merecer a proteção da lei penal – bem jurídico, o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios penais que são as vigas mestras – fundantes e regentes – de todo o ordenamento penal. Esses princípios, que se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, formam por assim dizer o *núcleo* gravitacional, o *ser* constitutivo do Direito Penal. (*grifos no original*).

A Constituição, assim, deve servir inexoravelmente como guia para a definição dos bens jurídicos mais relevantes e para a concretização de uma política criminal do Estado Democrático de Direito. Esse novo paradigma de política criminal conduz a uma necessidade premente de modernização do direito penal, com a inclusão e estruturação de uma estrutura punitiva que volte os instrumentos de persecução penal à proteção dos bens jurídicos supraindividuais.

3. Necessidade de uma política criminal adequada ao Estado Democrático de Direito – a modernização do Direito Penal

Diante de um eterno contexto de crise, de perenes questionamentos aos modelos teóricos de Estado Social e Democrático projetados no pós-guerra e de eclosão ou intensificação de novas e desafiadoras formas de criminalidade, pertinente questionar: quais alternativas jurídicas se mostram viáveis?

Entende-se que a modificação desta ordem perpassa necessariamente pela releitura da teoria do bem jurídico e de sua importância como o ponto de contato que pulverizou as antigas barreiras entre a política criminal e o Direito Penal. Diante deste novo contexto, a teoria do bem jurídico, por estar diretamente atrelada à Constituição, onde figuram implícita ou explicitamente os valores principais de determinada sociedade, deve laborar com a necessidade de uma reflexão acerca da eleição de novas prioridades. Não é outro o pensamento de Maria Auxiliadora Minahim.²¹

Hoje, os bens jurídicos, para os quais se reclama a proteção do Direito Penal, têm natureza diferenciada daqueles que, desde o iluminismo, integravam o núcleo de suas preocupações. Pode-se mesmo afirmar que é a própria natureza do bem (difuso, supra-individual) e a forma de proporcionar-lhe proteção eficaz que constituem o cerne de toda a polêmica em torno do papel da intervenção do Direito Penal na chamada sociedade de risco.

Tornou-se, enfim, imperativo reconhecer a necessidade de proteger não só os bens individuais, mas igualmente os bens difusos e coletivos, rompendo com um paradigma nitidamente fundado numa concepção de Estado que não mais se adapta às necessidades práticas e aos riscos sociais atuais, advindos principalmente da globalização.

Tal conclusão parte da compreensão de que a legitimidade para a tutela penal não decorre necessariamente da índole individual ou coletiva do bem, mas sim de sua relevância constitucional. Yuri Carneiro Coelho²² lembra que:

(...) para que seja legítima a intervenção criminalizadora do Estado, é preciso que sejam considerados bens jurídicos fundamentais apenas aqueles que tenham suporte constitucional (...) dúvidas não restam de que a Constituição, e somente ela, pode fornecer o suporte valorativo para determinação dos bens jurídicos que necessitam de tutela penal.

Há autores que, com razão de ser, creditam uma maior relevância qualitativa ao resguardo da classe de direitos supraindividuais, enquanto parte do instrumental realizador do Estado democrático de Direito. Neste sentido, Luciano Feldens e Lenio Streck²³:

No campo do direito penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito, estabelecidos expressamente na Constituição (...), os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático.

ENTRE ASPAS

Neste particular, partindo do pressuposto de que é necessário um Direito Penal que finalmente se posicione como um instrumento de efetivação da realidade normativa da Constituição, e tendo em mente que o “Direito Penal é resultado de escolhas políticas influenciadas pelo tipo em que a sociedade está organizada.”²⁴, há que se considerar o papel que uma eficaz proteção dos bens jurídicos supra-individuais há de assumir como elemento central no combate, por exemplo, à criminalidade organizada. Assim adverte Renato de Mello Jorge Silveira²⁵:

A categoria tradicional de bem jurídico está relacionada com a de Direito subjetivo, sendo que ambas remetam à idéia do indivíduo abstrato e isolado, própria do liberalismo, a qual serviu para legitimar a desigualdade substancial inerente ao sistema burguês. Dessa maneira, pretende-se articular uma vasta demanda política de satisfação de necessidades essenciais, reais e de participação no processo econômico, o que se produz mediante a tutela dos interesses difusos. Estes são definidos, pois, como uma aspiração presente de modo informal e propagada massivamente em certos setores da sociedade, com um controle sobre o conteúdo e desenvolvimento das posições econômico-jurídicas dominantes, todavia, fechadas a uma participação.

Para a consecução deste objetivo é preciso superar a atual incongruência entre a legislação penal e as demandas da criminalidade moderna. Afinal, é inevitável ponderar que existe atualmente uma confortável e desequilibrada relação de custo e benefício para a criminalidade organizada. É possível, de um lado, tentar a conduta criminosa e, tendo êxito, atingir um patamar de lucro considerável; ou, na remota hipótese de ser descoberto, o agente criminoso ainda contará com uma série de benesses legais e procedimentais que o afastam do sistema penal, como representante que é da classe dominante.

Aí, portanto, assenta-se a necessidade de modificação da perspectiva de política criminal, para que se conduza a uma redefinição da escala de valores dos bens jurídicos, pautada efetivamente na Constituição. Deste modo, deve se elevar a proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais ao papel de elemento central na atuação do Estado punitivo, destacando-se à sua proteção todo o limitado aparato persecutório estatal.

Para tanto se fazem exigíveis novas incursões hermenêuticas e um processo organizado de reformulação da (complexa) legislação penal que toque a matéria, como no caso da legislação dos crimes contra a ordem tributária, ordem econômica, ou ainda na lei de crimes ambientais.²⁶

4. O discurso de resistência e a “apropriação do garantismo penal

Parte significativa da doutrina, contudo, ainda crê que o Direito Penal deve intervir de forma mais enérgica para proteger bens jurídicos de cunho liberal iluminista, a fim de que, e isto não se afirma explicitamente, permaneça como paradigma penal a função de neutralização das condutas criminosas das massas.

É o que afirma, por todos, Raúl Arana²⁷, ao apontar que “*La configuración del derecho penal contemporáneo en las sociedades occidentales se caracteriza por una ampliación del ámbito de intervención penal. Esta política criminal lejos de encontrar aceptación en la comunidad jurídica ha sido objeto de críticas.*”

Esta posição, que vem sendo denominada de discurso de resistência²⁸, termina relegando a um segundo plano a tutela de bens jurídicos supraindividuais, aos quais se relaciona, por seu turno, a criminalidade organizada. Esta concepção acerca da atual conjuntura penal, fundada quase exclusivamente no ideal liberal-burguês, representa uma tentativa de resistência à evolução das novas perspectivas de criminalização, que avançam justamente sobre as condutas desviantes das classes dominantes.

Esta organizada trincheira doutrinária compreende o Direito Penal apenas como um Direito Penal Liberal, produtor e reproduzidor das desigualdades de classe, instrumento da gestão diferencial da criminalidade e fundado em uma seleção dos bens jurídicos orientada ideologicamente sob um prisma individualista.

Nesta perspectiva, a modernização do direito penal sofre um processo constante de deslegitimação. O discurso de resistência, como já dito, brada ferozmente contra esta nova perspectiva, intitulando-a, pejorativamente, de processo de expansão do Direito Penal, considerando que aqueles que sustentam a proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais estariam em busca de um direito penal máximo, próprio dos regimes autoritários.

Obviamente, esta crítica não procede. Mesmo para aqueles que podem insistentemente preferir o termo expansão, é possível concordar que se trata de uma expansão do Direito Penal apenas na medida em que ele irá atingir grupos sociais (e suas respectivas ações criminosas) nunca antes inseridos no sistema penal, quais sejam as classes hegemônicas tradicionalmente isentadas da criminalização, seja primária seja secundária.

Contudo, reforçando o que já foi dito, trata-se em verdade de um processo de modernização do Direito Penal, fundado em uma nova orientação de política criminal que finalmente pretende adequar este subsistema tão importante às diretrizes políticas e jurídicas do Estado Democrático de Direito.

O discurso de resistência também insiste em outras estratégias para manter o *status quo*. Por exemplo, periodicamente surgem propostas no sentido de “administrativização” do Direito Penal, denominado ainda Direito Penal Secundário ou Direito Penal de duas/três velocidades. São teses que buscam, no caso das condutas que atentem contra os bens jurídicos supraindividuais, a redução da carga punitiva e a retirada de seus agentes violadores da esfera de ação do direito penal e, por consequência, das penas privativas de liberdade.

Alessandra Rapassi²⁹ refuta elegantemente estas propostas, considerando, corretamente, que não são aptas à efetiva proteção dos bens jurídicos supraindividuais, pois estes são, numa revisão da escala de valores constitucionais, aqueles a quem se deve destacar a maior proteção e o foco do aparato estatal de persecução.

Dada a relevância do bem jurídico a ser protegido, o recurso, não apenas ao Direito Administrativo ou Civil, mas também ao Direito Penal faz-se inevitável para a prevenção e repressão das lesões mais graves causadas ao meio ambiente. O Direito Penal não pode ser paralisado em sua função de proteção de novos bens jurídicos a pretexto de, com isso, violar dogmas do pensamento liberal. Aliás, esse é o grande desafio do Direito Penal contemporâneo, que não pode deixar de assegurar as garantias e liberdades individuais, mas, de outro lado, deve estender-se, quando necessário, para impedir lesões que podem assumir proporções catastróficas.

Poder-se-ia acrescentar, ademais, que este processo de “administrativização” do direito

penal encontra sérios limites no princípio da proibição de infraproteção ou da vedação da proteção deficiente, decorrente do princípio da proporcionalidade, mas este tema é por si só suficiente para um artigo autônomo e não poderá, infelizmente, ser aqui desenvolvido.

O que merece destaque em relação ao discurso de resistência é a utilização sempre presente do termo “garantismo”. Dá-se a entender, constantemente, que todos aqueles que não concordam com um direito penal essencialmente liberal não seriam “garantistas”. O garantismo é apresentado, assim, como o referencial teórico central de qualquer proposta contrária à incriminação de condutas ou à proteção de direitos fundamentais supraindividuais. Esta também é a análise feita por Douglas Fischer³⁰:

[...] não raro vemos hodiernamente um certo desvirtuamento dos *integrais postulados garantistas*, na medida em que a ênfase única continua recaindo exclusivamente sobre direitos fundamentais *individuais* (como se houvesse apenas a exigência de um *não-fazer* por parte do Estado como forma de garantir unicamente os direitos de primeira geração).
(grifos no original)

O garantismo, assim, foi erigido à condição de sinônimo de um direito penal exclusivamente liberal, voltado apenas para garantir os direitos do acusado ou para a deslegitimação do direito penal como um todo. O que se pretende demonstrar aqui, todavia, é que esta não passa de uma interpretação míope, uma visão unilateral da teoria do garantismo penal.

Portanto, a seguir, busca-se trabalhar com uma visão distinta do garantismo penal, recuperando sua condição de teoria de proteção e promoção dos direitos fundamentais, recuperando o contexto histórico de sua produção e sua constante atualização no sentido de adequação aos parâmetros do Estado Democrático de Direito, do qual Luigi Ferrajoli, não se deve esquecer, é destacado expoente na Europa continental.

5. Conclusão – a necessidade de uma (re) leitura do garantismo penal à luz da proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais

Como já mencionado, na lógica do discurso de resistência se insere a interpretação doutrinária acerca do garantismo penal que ganhou maior projeção no Brasil. Todavia, esta posição, até então majoritária na doutrina, vem perdendo espaço de modo gradativo e consistente, pois não consegue sustentar um discurso que, enquanto nega a proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais, a cada dia se torna mais distante do conteúdo de seu próprio referencial teórico.

Em primeiro lugar, enxergar a legitimidade do direito penal apenas na defesa dos direitos fundamentais individuais termina por desconsiderar que a obra *Direito e Razão* foi produzida em determinado e relevante contexto histórico.

Havia na Itália, primeiro, a herança de uma tradição fascista que, apesar de ter declinado no pós-guerra, deixou seus reflexos jurídicos e políticos³¹. Mais à frente, uma pressão social e política significativa para uma reação violenta e vingativa do Estado contra os movimentos terroristas de esquerda. Por fim e já nas décadas de 80 e 90, também se verificava uma demanda por instrumentos penais e processuais rígidos, quicá autoritários, que pudessem enfrentar a máfia italiana.

Luigi Ferrajoli, principal teórico do garantismo, era parte do grupo Magistratura Democrática, sustentando, entre outras posições, a necessidade de afirmação dos direitos básicos dos acusados, não mais objetos da investigação penal e sim verdadeiros sujeitos de direitos. Era um discurso que pregava o resgate, ainda que tardio, dos princípios do Estado de Direito, em uma época em que os conceitos de Estado Democrático de Direito e neoconstitucionalismo ainda estavam sendo melhor desenvolvidos.

Portanto, naquela conjuntura era natural que o garantismo se dedicasse com maior destaque à explicitação dos direitos individuais dos acusados, voltados, por sua natureza, a uma abstenção do Estado. Porém, uma leitura mais detida dos axiomas e principais premissas do garantismo revelam que ele não se foca apenas na promoção dos direitos individuais dos acusados ou na proteção de bens jurídicos de origem liberal.

O garantismo se destaca pela definição de dez axiomas principais, logicamente encadeados e que são relativos à pena, ao delito e ao processo penal. Estes dez axiomas traduzem os princípios basilares do direito penal: 1) retributividade; 2) legalidade; 3) necessidade; 4) lesividade; 5) materialidade; 6) culpabilidade; 7) jurisdicionariedade; 8) acusatório; 9) ônus da prova; 10) contraditório ou ampla defesa³².

A definição de tais axiomas, por sua vez, cumpre uma função também política, definindo o direito penal como uma técnica de tutela que deve conferir à pena objetivos utilitários e parâmetros adequados para defini-los. Enquanto no passado o único objetivo utilitário da pena era a máxima felicidade dividida pelo maior número possível de pessoas, Ferrajoli propõe um segundo parâmetro utilitário: além do máximo bem-estar dos não-desviantes, o mínimo mal-estar necessário dos desviantes³³.

Deve-se atentar que os parâmetros não são excludentes, mas devem coexistir de modo harmônico e equilibrado. Com as desculpas pelo uso de alguns clichês, os objetivos, apesar de distintos, são como os dois lados de uma moeda, ou ainda como os pratos em equilíbrio de uma balança.

Destarte, nenhum desses objetivos deve ser esquecido na gestação de um modelo garantista de direito penal. Isto porque, de um lado, caso se busque apenas o máximo bem-estar de todos, ao pesado custo do mal-estar indefinido dos delinquentes, o direito penal se aproximará do arbítrio, de um Estado autoritário e policialesco, afastando-se da Constituição.

Por outro lado, mantendo-se apenas o parâmetro utilitário que visa à obtenção do mínimo mal-estar dos desviantes, haveria uma aproximação indevida do abolicionismo penal. Justamente neste ponto figura uma das maiores distorções provocadas, ao garantismo, pelo discurso de resistência. Mesmo não sendo uma doutrina que se proclame abolicionista, o discurso de resistência assume, ainda que inconscientemente, um objetivo utilitário que apenas cuida de rechaçar e deslegitimar o direito penal, sem cuidar do outro lado da moeda, que é a promoção do bem-estar dos não-criminosos.

Fica evidente, neste ponto, a distorção interpretativa a que o garantismo penal é submetido, posto que o próprio Ferrajoli cuida de se distanciar, de modo consistente e explícito, das alternativas abolicionistas. Nas palavras do autor³⁴:

O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal

ENTRE ASPAS

– com seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.

Ainda trabalhando nesta mesma linha de raciocínio, o garantismo penal também se preocupa em atribuir ao direito penal uma dupla função de prevenção. Primeiro, reconhecendo que a prevenção geral (negativa) segue sendo um fator importante dentro do direito penal, protegendo a sociedade. Segundo, o direito penal também deve promover a proteção dos imputados através da prevenção das penas arbitrárias, pautadas na vingança, na justiça privada e no exercício das próprias razões. Este trecho merece ser lido *in verbis*³⁵:

Isto não significa, naturalmente, que o objetivo da prevenção geral dos delitos seja uma finalidade menos essencial do direito penal. Tal objetivo é, ao contrário, a razão de ser primeira, senão diretamente das penas, das proibições penais, as quais são dirigidas para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as agressões de outros associados. Significa, antes, que o direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas.

O direito penal então tem uma dupla função preventiva e protetiva. Da vítima, contra o ofensor; do ofensor contra a vingança e reações privadas severas e sem parâmetros mínimos de humanidade. O direito penal protege o fraco do mais forte, os direitos fundamentais do mais fraco contra a violência do mais forte. Em suma:

[...] as duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a ‘necessidade política’ do direito penal enquanto instrumento de *tutela dos direitos fundamentais*, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto *bens* que não se justifica ofender nem com os delitos nem com punições³⁶

O garantismo, então, é antes de qualquer coisa uma ampla teoria dos direitos fundamentais. Não apenas dos direitos individuais e sim de todos os direitos fundamentais. Não apenas uma teoria de fomento da liberdade do acusado, focada somente na limitação do poder estatal. Também possui esse viés, é óbvio, contudo fica claro que possui atribuições maiores e mais amplas do que a de somente controlar o poder institucionalizado, num cariz estritamente liberal.

O que Ferrajoli desvela e desenvolve é uma teoria que explora a tensão equilibrada entre a defesa dos direitos fundamentais da sociedade e os do ofensor. Qualquer leitor mais atento percebe que o garantismo pensado pelo autor italiano representa uma síntese ao conflito dialético entre duas teses radicais: de um lado, o abolicionismo; de outro, um Estado totalitário.

Portanto, o garantismo, por mais surpreendente que essas palavras possam parecer a princípio, também se presta à justificação/legitimação do direito penal. Todavia, este aspecto em particular é omitido sistematicamente por parcela da doutrina brasileira que se afirma garantista e que, não por coincidência, utiliza-se equivocadamente desta teoria para se posicionar de modo contrário ao processo de modernização do direito penal.

Mais uma vez o próprio Ferrajoli expõe a necessidade de o paradigma garantista se desenvolver sempre de modo convergente com os parâmetros impostos pelo Estado Democrático de Direito e pelas exigências (pós) modernas impostas, por exemplo, pela globalização e internacionalização. É o que se depreende do trecho a seguir³⁷:

El paradigma garantista puede expandirse (y en el plano normativo ha ido efectivamente expandiéndose) en tres direcciones: hacia la tutela de los derechos sociales y no solo de los derechos de libertad, frente a los poderes privados y no solo a los poderes públicos y en el ámbito internacional y no solo estatal.

Há uma evidente tendência de Ferrajoli de focar a evolução do garantismo na sua constante aproximação com os bens jurídicos do Estado Democrático de Direito. A necessidade deste processo de modernização do direito penal é expressa não apenas nas obras já citadas, mas também em outros escritos.

Neste sentido, o multicitado autor, por exemplo, desenvolve um conceito de criminalidade dos poderes, na busca por melhor delimitar as características desta criminalidade organizada e altamente rentável, estabelecendo uma classificação segmentada em três grupos principais: a criminalidade dos poderes públicos; criminalidade dos grandes poderes econômicos e a criminalidade dos poderes abertamente criminosos³⁸.

Aspecto relevante a ser destacado é a relação praticamente simbiótica que existe entre estes três tipos de agir criminoso. Todos se relacionam e necessariamente terminam por colaborar para o sucesso dos demais. Pode-se dar como exemplo a contribuição da corrupção para o êxito das grandes operações de lavagem de dinheiro. Além disso, seria impensável que todo o dinheiro movimentado pelo tráfico de drogas, pela corrupção ou pelas grandes fraudes empresariais não circulasse pelo sistema financeiro internacional com espantosa facilidade.

É possível notar ainda que a criminalidade dos poderes revela um perfil ontologicamente voltado para afetar os bens jurídicos de cunho supraindividual. Diante das questões impostas pela maior complexidade desta criminalidade organizada Ferrajoli revela preocupação com a resposta que pode ser dada pelo constitucionalismo, dentro das bases do Estado Democrático de Direito³⁹.

Isto é apenas um dos pontos que demonstra a posição de Ferrajoli no sentido de repensar o direito penal e os parâmetros de política criminal. Esta lógica se insere na perspectiva que tem o autor de que o direito e em especial o direito constitucional deve servir sempre à proteção do mais débil, do mais fraco dentro de determinada relação social e jurídica.

Nesta lógica, relembra que a evolução dos direitos fundamentais é uma história da luta contra os absolutismos. Contra o absolutismo dos poderes políticos, do poder judicial, dos poderes administrativos e policiais, e, não menos importante, do que Ferrajoli chama de absolutismo dos poderes econômicos e empresariais⁴⁰.

Este último, por sua vez, ressurgiu com maior força no contexto neoliberal que desregulamenta o mercado, refletindo na crise do Estado de bem-estar, das garantias aos direitos sociais e num modelo denominado pelo autor de anarco-capitalismo globalizado⁴¹. O direito penal, reitera-se, é um instrumento importante para promoção dos direitos fundamentais da sociedade em face da conduta dos desviantes.

Não que com isso se pretenda afirmar que o direito penal seja sozinho a solução para todos os problemas sociais. Mudanças estruturais em outros campos são necessárias, é ób-

ENTRE ASPAS

vio, mas o direito penal não pode se furtar a cumprir todos os seus objetivos, sem exceção. E estes objetivos, não é demais lembrar, abrangem tanto a prevenção geral quanto a prevenção da sanção desproporcional.

Isto não significa, ressalte-se, perder de vista o fato de que se deve evitar uma inflação legislativa que extrapole o que aconselham a base principiológica do próprio Estado Democrático e mesmo as garantias liberais e individuais consagradas historicamente, tendo que se buscar a conciliação entre a proteção penal de interesses relevantes e um exercício racional do *jus puniendi*.

Flávio Pereira⁴² lembra que “adverte com clareza Mir Puig, aduzindo que o Estado ‘social’ e ‘democrático’, deve ser uma síntese que complementa e aperfeiçoa o Estado ‘clássico’ e ‘liberal’, e não uma alternativa a esse”.

Seguindo esta lógica, o direito penal que pode ser considerado verdadeiramente garantista é aquele que, de fato e com base nas palavras de seu principal teórico e interlocutor, está adequado ao Estado Democrático de Direito, porque pautado na proteção de todos os principais direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

Esta compreensão desmistifica a doutrina que distorceu e se apropriou do termo garantismo penal, demonstrando que o direito penal garantista deve, em verdade, proteger tanto os bens jurídicos individuais quanto os bens jurídicos supraindividuais, com equilíbrio. É, em realidade, uma teoria dos direitos fundamentais, de proteção do mais fraco face ao mais forte. Em determinados casos, mais fraco é o criminoso. Em outros, especialmente no que tange aos grandes poderes políticos e econômicos, a sociedade é o mais fraco pólo da relação.

Portanto, em síntese conclusiva, o garantismo penal é, em verdade, um importante aliado do processo de modernização do direito penal, pois busca exatamente um ponto de equilíbrio entre a sanção excessiva e a sanção deficiente; entre o Abolicionismo e o Estado autoritário; entre liberdade e igualdade, buscando, sempre, a real concretização dos direitos fundamentais ínsitos ao Estado Democrático de Direito.

O modelo garantista, enfim, nada mais é do que a própria representação do paradigma do Estado Democrático de Direito⁴³, com tudo que isto representa para o direito penal no Século XXI. É nisto, em suma, que consiste a proposta de realizar uma (re)leitura do garantismo penal à luz da proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais.

Referências

ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. *Bem Jurídico Penal e Estado Democrático de Direito: uma visão do Direito Penal como instrumento de concretização da Justiça Social*. Disponível em http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/863/718. Acesso em: 29 de novembro de 2011.

ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal “moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 68, pp. 112-139, set/out, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

A REVISTA DA UNICORP

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: JusPodivm, 2010.

CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *A ideologia alemã*. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e Globalizzazione. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, pp. 79-89, jan/mar, 2003.

_____. *Derechos e garantias – La ley del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004.

_____. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, n. 15, jul/dez, 2006.

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

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUANAIS, Oliveiros. Princípio da igualdade e criminalidade de poder. In: SCHMIDT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios penais constitucionais*. Salvador: Podivm, 2007.

JACKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/12828/12392>>. Acesso em: 12 de maio de 2012.

NEVES, Sheilla Maria Coutinho das. A criminalidade na sociedade pós-moderna. *Revista de Ciências Penais*, v. 5, pp. 284-304, 2006.

PEREIRA, Flávio Cardoso. O Direito Penal como *Ultima Ratio*: Repercussão junto à lavagem de capitais e à delinquência organizada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, n. 13, pp. 14-31, ago/set, 2006.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Crime de Poluição – uma resposta do Direito Penal aos novos riscos*. Curitiba: Juruá, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ENTRE ASPAS

SALGADO, Daniel Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: JusPodivm, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O Bem Jurídico e a Constituição Federal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, n. 01, pp. 81-91, ago/set, 2004.

Notas

1. No original, “*la questione penale, che il mutamento della questione criminale dovrebbe far oggi ripensare radicalmente, dal punto di vista sai dell’effettività delle tecniche di tutela e di garanzia*”. (FERRAJOLI, 2003, pp. 81).
2. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 07.
3. MUNÓZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo – estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo*. Trad. Paulo César Busato. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. In: ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. *Bem Jurídico Penal e Estado Democrático de Direito: uma visão do Direito Penal como instrumento de concretização da Justiça Social*. Disponível em http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/863/718. Acesso em: 29 de novembro de 2011.
4. JACKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 28.
5. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 37-40.
6. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 20.
7. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 50-51.
8. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 20.
9. FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 49-51.
10. CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.
11. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 112-113.
12. ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *A ideologia alemã*. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 35.
13. LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bologna: Publicaciones del Real Colégio de España, 1975. In: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 115
14. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 32.
15. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 116.
16. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 35
17. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 18-19.
18. GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 140-141.

A REVISTA DA UNICORP

19. NEVES, Sheilla Maria Coutinho das. A criminalidade na sociedade pós-moderna. *Ciências Penais*, v. 5, pp. 284-304, 2006, p. 292.
20. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 55.
21. MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/12828/12392>>. Acesso em: 12 de maio de 2010, p. 42.
22. COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, pp. 105-108.
23. FELDENS, Luciano; STRECK, Lenio. *Crime e Constituição: a legitimação da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 44-45, *apud* GUANAIS, Oliveiros. Princípio da igualdade e criminalidade de poder. In: SCHMIDT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios penais constitucionais*. Salvador: Podivm, 2007.
24. SMANIO, Gianpaolo Poggio. O Bem Jurídico e a Constituição Federal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, n. 01, ago/set, 2004, p. 82.
25. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 63-64.
26. Aqui, porém, não é ainda o momento para trazer à tona propostas mais incisivas e polêmicas, como, por exemplo: a) a necessidade de codificação dos crimes contra a ordem tributária e econômica, para maior organização, racionalidade e melhor aplicação da legislação; b) a redução das hipóteses de extinção de punibilidade nos crimes tributários, por violação ao princípio da intervenção mínima; c) Ou, ainda no campo dos exemplos, a necessidade de se recorrer aos crimes de perigo abstrato, o que implicaria em um debate mais amplo sobre o princípio da lesividade.
27. ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal “moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 68, set/out, 2007, pp. 112-139.
28. SALGADO, Daniel Resende. A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: JusPodivm, 2010.
29. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Crime de Poluição – uma resposta do Direito Penal aos novos riscos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 30.
30. FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 27.
31. Ainda hoje, os reflexos do período fascista podem ser encontrados até mesmo na legislação penal brasileira, como nos Códigos Penal e de Processo Penal, além da Lei de Contravenções, apenas para citar os exemplos mais corriqueiros.
32. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74-78.
33. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 268.
34. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 275.
35. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 269.
36. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270.
37. FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006, p. 113, In: FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 35.

ENTRE ASPAS

38. *Qui mi limiterò a distinguere tre forme di criminalità del potere, accomunate dal loro carattere di criminalità organizzata: quella dei poteri apertamente criminali; quella dei crimini dei grandi poteri economici; quella infine dei crimini dei pubblici poteri. Da un lato, dunque, i poteri criminali, dall'altro lato e crimini del potere, sia economico che politico. Non si tratta di fenomeni criminali nettamente distinti e separati, ma di mondi tra loro intrecciati, per le collusioni, fatte di complicità e di reciproca strumentalizzazione, tra poteri criminali, poteri economici e poteri istituzionali.* (FERRAJOLI, 2003, pp. 81-83.)

39. "y que respuesta puede ofrecer el constitucionalismo al doble desafío del mercado global y de los particularismos?" (FERRAJOLI, 2006, p. 114).

40. FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, n. 15, jul/diez, 2006, p. 134.

41. FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, n. 15, jul/diez, 2006, p. 134-135.

42. PEREIRA, Flávio Cardoso. O Direito Penal como *Ultima Ratio*: Repercussão junto à lavagem de capitais e à delinquência organizada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, n. 13, ago/set, 2006, p. 15.

43. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e garantías – La ley del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 22.