

Direito Penal e evolução do Estado de Direito: questionamentos acerca da manutenção do Direito Penal clássico

Roberta Lofrano Andrade

RESUMO

A evolução do Estado de Direito, perpassando do Estado Liberal de Direito ao Estado Social de Direito, e, posteriormente, tornando-se Estado Democrático de Direito, sem dúvida, houve por influenciar o Direito Penal. Nesse contexto, o surgimento do Estado Democrático de Direito, com seu caráter de transformador da realidade social de inefetivação de direitos, e suas premissas de proteção a bens jurídicos de cunho transindividual, fez com que o Direito Penal passasse a se ver obrigado a expandir seu rol de atuação. Por esse motivo, a intervenção penal mínima começa a ser questionada quando se passa a confrontar os postulados garantistas-liberais com os direitos coletivos e comunitários.

Palavras-chave: Direito Penal. Estado de Direito. Bem jurídico. Intervenção penal mínima.

Criminal Law and evolution of State of Law: Questions about the maintenance of the Classical Criminal Law

ABSTRACT

The evolution of the Rule of Law, which passed over the Liberal State of Law, Social State of Law, and later became a Democratic State of Law, no doubt, influenced the Criminal Law. In this context, the emergence of a Democratic State of Law, with its transformer character of social realities of no accomplishment of rights, and its premises for protection of legal interests of diffuse characteristics, forced the Criminal Law to expand its way of performance. Therefore, the minimum penal intervention is beginning to be questioned, when we establish the confrontation between the liberal postulates and the collective and community rights.

Keywords: Criminal Law. Rule of Law. Legal interests. Minimum penal intervention.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tema atual e polêmico entre estudiosos do Direito é, sem sombra de dúvida, a expansão do Direito Penal. Nesse contexto, o que se verifica é uma enxurrada legislativa, pois, a todo momento, são criadas leis penais ou para criminalizar novas condutas, ou para endurecer as penas de condutas já tipificadas, ou, ainda, para flexibilizar as garantias penais e processuais penais tradicionalmente inseridas em nosso ordenamento jurídico penal. Com efeito, uma simples análise das legislações penais do “mundo ocidental” nos

Roberta Lofrano Andrade é Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Advogada criminalista.

faz refletir acerca do surgimento de inúmeras figuras delitivas, bem como da reforma de crimes já previstos em lei.

Nessa perspectiva, a evolução do Estado de Direito, e, principalmente, o surgimento do Estado Democrático de Direito, apresenta-se como um dos fatores (ao menos em princípio) a justificar o fenômeno expansionista. Isso porque, a partir dessa forma estatal, passam a ser elencados, constitucionalmente, bens jurídicos de caráter supraindividual que mereceriam proteção também do Direito Penal. Podemos apreciar esse aspecto, claramente, na expressa previsão de criminalização das condutas que lesionem o meio ambiente (art. 225, § 3º, da Constituição Federal) – considerada um verdadeiro mandado de criminalizar.

Vê-se, assim, uma ampliação do tradicional conceito de bem jurídico, o qual, a partir de um viés liberal, surgido no Estado Liberal de Direito, apresentava-se como um critério negativo de criminalização.

Ainda, o próprio conteúdo de transformação social e participação das pessoas, assumido pelo estado Democrático de Direito, acaba por lhe exigir práticas intervencionistas, calcadas em um caráter de reciprocidade com a população. Nesse aspecto, associar um Estado intervencionista a um Direito Penal mínimo resta complicado. Não obstante isso, uma expansão sem controle se mostra, evidentemente preocupante.

Frente a essas considerações, necessária se faz uma análise dessa perda do caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, procurando-se compreender a ligação dessa realidade com o advento do Estado Democrático de Direito. Somente dessa forma um estudo mais aprofundado poderá ser iniciado, no sentido de se descobrir se, em meio a um Estado Democrático de Direito, é possível a manutenção de um Direito Penal mínimo.

2 O ESTADO LIBERAL DE DIREITO

Muito embora não se possa negar suas anteriores manifestações,¹ o Estado Liberal surge, principalmente, na França, que, através da Revolução Francesa (1789) e seus ideais iluministas, houve por reagir ao ordenamento absolutista e pugnar pela defesa da liberdade e propriedade dos cidadãos (COPETTI, 2000, p.52-53). Nessa medida, foi a partir da Revolução Francesa que inicia a formação de uma cultura das liberdades, a qual

¹ Conforme Copetti (2000, p.52), tais manifestações podem ser resumidas da seguinte forma: “numa concepção de mais ou menos mil anos atrás, na filosofia grega encontramos as ideias de *dike* (processo), *themis* (direito) e *nomos* (lei); na antiguidade a ideia de uma constituição mista carregava consigo a pretensão de um poder regulado, moderado, em contraposição à tirania ilimitada; a ideia de vinculação do soberano às leis fundamentais do reino; as doutrinas de resistência contra tiranos e do contrato social; e, por fim, o pensamento medieval da liberdade no Direito, ou seja, a liberdade a partir de um determinado estatuto que conduziria à ideia de liberdade natural do homem. Como precedentes mais próximos podem ser destacadas a *rule of law* inglesa, que proibia o arbítrio, trazia o princípio da pré-determinabilidade do direito penal, a legalidade da administração, a igualdade perante o Direito, a independência dos tribunais e a proteção das liberdades civis e políticas. Nos Estados Unidos, por sua vez, vemos a ideia de Estado Constitucional, que trouxe importantes garantias de liberdade dos cidadãos através da instituição de uma constituição formal e do devido processo legal (*due process of law*)”.

advém de uma combinação entre os modelos individualista e contratualista, de um lado, e estadista, de outro (FIORAVANTI, 2000, p.57).

Essa nova visão de mundo se funda numa racionalização ético-filosófica e técnico-produtiva e expressa valores dessa camada social emergente burguesa que se apresenta contrária ao feudalismo aristocrático fundiário². Nesse cenário, Wolkmer (2000, p.24-25) aduz que “fatores como o renascimento, a reforma, o processo de secularização, as transformações econômico mercantis e o progresso científico favoreceram o advento de uma cultura liberal-individualista”.

O liberal-individualismo se apresentou como a proposta ideológica adequada às necessidades desse novo mundo, como legitimação das novas formas da produção de riqueza e como justificativa racionalista dos novos interesses. O liberalismo vai enaltecer o homem como ser capaz de escolhas econômicas, políticas e racionais, apresentando o ser individual como um valor absoluto. A partir disso, conforme Wolkmer (2000, p.24), “a ordem jurídica é instrumentalizada como estatuto de uma sociedade que proclama a vontade individual, priorizando formalmente a liberdade e a igualdade de seus atores sociais”. Foi no século XVIII que, lentamente, ocorreu esse processo, o qual culmina com a ruptura transformadora da cultura jurídica de um instrumento a serviço do despotismo esclarecido à expressão do ideário liberal-individualista e constitucional (WOLKMER, 2000, p.149-150). Conforme Fioravanti (2000, p.57), “el liberalismo vuelve indudablemente a privilegiar la libertad como seguridad de la persona y de los bienes, y así pone en primer plano las libertades civiles, las ‘negativas’”.

A validade do Direito está, aqui, amparada no que, a partir de então, passou a ser um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, a legalidade. Percebe-se, assim, uma primazia da lei frente à Administração, à jurisdição e aos cidadãos, com o que o Estado Liberal se apresenta como um estado legislativo. Essa primazia da lei significava a derrota das tradições jurídicas do Absolutismo e do Antigo Regime (ZAGREBELSKY, 1999, p.24). Nesse aspecto, passou-se a considerar necessária a instituição de um sistema jurídico unitário e a formalização de normas positivadas, superando-se o antigo regime jurídico, no qual, “as fontes não se concentravam na lei, senão que se enraizavam em instituições diversas de inserção social (v.g., Império e a Igreja)” (FELDENS, 2005, p.30). Por esse motivo, conforme Fioravanti (2000, p.13), o primeiro aspecto substancial desse Estado de Direito pode ser resumido da seguinte forma: “de la proclamación revolucionaria de las libertades a la tutela de los derechos en el derecho positivo estatal”.

Além disso, segundo Bolzan de Moraes (1996, p.72), “o Direito, próprio a este Estado, terá como característica central e como metodologia eficaz a coerção das atitudes, tendo como mecanismo fundamental a sanção”.

² Com relação aos interesses da burguesia, cumpre realizar, conforme Rodríguez (2001, p.72), o seguinte alerta: “La necesidad de un desarrollo autónomo del individuo, es en realidad la necesidad del desarrollo de la burguesía como bien explica Laski, Con palabras de este autor, la burguesía «no busca la libertad como fin universal, sino como medio de disfrutar la riqueza que se abre ante ella». La consagración de la doctrina de los derechos naturales, por consiguiente, significa la afirmación de la autoridad del hombre sobre las cosas y de su imperialismo, de la importancia del individuo en el universo – su individualismo. Ello explica que se desarrollen principalmente derechos naturales de libertad o derechos individuales.”

O Estado passa, nesse contexto, a ter que se submeter ao ordenamento jurídico, que é respaldado pela centralização da produção normativa, pela divisão de poderes e pela proteção outorgada aos direitos de liberdade (COPETTI, 2000, p.53). O conceito de Estado de Direito³, no momento do seu surgimento, está vinculado ao conteúdo próprio do liberalismo, o que impõe, nas palavras de Bolzan de Moraes (1996, p.70), “aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o *princípio da legalidade* – ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a *divisão de poderes ou funções* e, a nota central, a *garantia dos direitos individuais*”. O Estado Liberal de Direito possuía uma conotação substantiva, relativa às funções e fins do Estado, tendo como destaque “«la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad»” (ZAGREBELSKY, 1999, p.23). Assim, a sociedade, e não a autoridade do Estado, passava a ser o ponto central para a compreensão do Estado de Direito, e a lei começava a ser vista como instrumento de garantia dos direitos (ZAGREBELSKY, 1999, p.23).

³ Observe-se, segundo Zagrebelsky (1999, p.21), que “el siglo XIX es el siglo del «Estado de derecho» o, según la expresión alemana, del *Rechtsstaat*. En la tipología de las formas de Estado, el Estado de derecho, o «o Estado bajo el régimen de derecho», se distingue del *Machtstaat*, o «o Estado bajo el régimen de fuerza», es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII, y del *Polizeistaat*, el «Estado bajo el régimen del policía», es decir, el régimen del Despotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII.” A partir disso se indicam tipos ideais que só são claros conceitualmente, úteis para se reconhecer as principais diferenças da evolução histórica do Estado moderno. Nesse contexto, não há dúvidas que o Estado de Direito represente, historicamente, um dos elementos básicos das concepções constitucionais liberais (mesmo que se possa considerá-lo compatível com outras orientações político-constitucionais). No entanto é de ver-se que, ao Estado de Direito, pode se dar uma definição exclusivamente formal, vinculada à autoridade estatal e desvinculada do conteúdo e fim da ação do Estado. Isso fez com que se discutisse, na época dos totalitarismos entreguerras, se esses regimes poderiam ser definidos como Estados de Direito. Isso porque para tal bastaria a submissão à qualquer lei, não importando qual fosse, o que fazia com que qualquer Estado que possuísse ordenamento jurídico pudesse ser chamado, genericamente, de Direito (ZAGREBELSKY, 1999, p.21-23). É por tudo isso que o Estado de Direito pode ser visto sob duas perspectivas: a primeira, de origem germânica, se dá num sentido lato, débil ou formal. Nela os atos do Estado estão submetidos ao Direito, o que pode se manifestar, inclusive, pelo princípio da legalidade. Entretanto, tal subsunção se dá exclusivamente no que tange à forma. Assim, o Direito será, aqui, um instrumento manipulado pelo Estado, ou seja, ficará a mercê da vontade dos governantes, já que não há uma relação hierarquizada entre um e outro. Por essa razão, diz-se que, nessa perspectiva, serão considerados Estados de Direito inclusive aqueles regimes totalmente autoritários. Pode-se dizer, desse modo, que há uma subsunção do Estado à lei, entretanto, isso se dá somente sob uma perspectiva formal, não havendo qualquer vínculo com o conteúdo da norma. A segunda, que é vista num sentido forte ou substancial, será a adotada neste artigo. De acordo com tal concepção, a subsunção do Estado ao Direito não ocorrerá em um sentido apenas formal, mas no aspecto de seu conteúdo. Como alerta Bolzan de Moraes (1996, p.68), “à formalidade jurídica são incorporados conteúdos que se juridicizam sob o Direito do Estado”. Nesse sentido, serão Estados de Direito aqueles ordenamentos que possuem seus poderes vinculados a princípios fundamentais estabelecidos pelas normas constitucionais. O Estado de Direito não se identificará, portanto, com qualquer lei, independentemente de seu conteúdo, mas somente com aquela que traga seus valores fundamentais. Nas palavras do mesmo autor: “Portanto, não basta que o Estado possua uma qualquer legalidade. Indispensável será que seu conteúdo reflita um determinado ideário. Ou seja, para o Estado ser de Direito, não é suficiente que seja um Estado Legal” (BOLZAN DE MORAIS, 1996, p.70). Nessa linha, sobre a significação de Estado de Direito, aduz Garcia-Pelayo (1996, p.52): “El Estado de Derecho, en su prístimo sentido, es un Estado cuya función capital es establecer y mantener el Derecho y cuyos límites de acción están rigurosamente definidos por éste, pero, bien entendido que Derecho no se identifica con cualquier ley o conjunto de leyes con indiferencia hacia su contenido – pues, como acabamos de decir, el Estado absolutista no excluía la legalidad – sino con una normatividad acorde con la idea de la legitimidad, de la justicia, de los fines y de los valores a los que debía servir el Derecho, en resumen, con una normatividad acorde con la «idea del Derecho». El Estado de Derecho significa, así una limitación del poder del Estado por el Derecho, pero no la posibilidad de legitimar cualquier criterio dándole forma de ley: invirtiendo la famosa fórmula decisionista : *non ratio, sed voluntas facit legem*, podría decirse que para la idea originaria del Estado de Derecho *non voluntas, sed ratio facit legem*.”

O Estado não poderia mais ser concebido “à margem” ou “acima” da lei (como ocorria no absolutismo monárquico), mas “dentro” e “submetido” à lei, configurando-se como um dos sujeitos disciplinados pelo Direito. Não deveria haver nenhuma supremacia, pois todos os sujeitos jurídicos deviam ser disciplinados pela lei, e a posição de cada um deles com relação aos demais justamente dela dependia (ZAGREBELSKY, 1999, p.47).

Nesse contexto, Bolzan de Moraes (1996, p.70-71) aponta para os seguintes aspectos dessa forma estatal:

A. Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça. B. A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado. C. A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a ideia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta – *referendum* e plebiscito, etc. – bem como, para a imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade. D. O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos.

Para Copetti (2000, p.53-54), no mesmo sentido, o Estado Liberal possui, em suma, as seguintes características principais: a) o Estado deixa de ser compreendido por meio de ideias de cunho transpessoal, de ordem divina, para ser entendido de uma forma racional e jurídica, como uma “coisa pública destinada a satisfazer os interesses dos indivíduos, o que mais tarde revelou-se como sendo os interesses de uma determinada classe, a burguesia”; b) a finalidade do Estado é a garantia da liberdade e da segurança da pessoa e da propriedade privada; c) a atividade do Estado é organizada e regulamentada de acordo com princípios racionais: “reconhecimentos dos direitos individuais, garantias dos direitos adquiridos, independência dos juízes, responsabilidade do governo, prevalência da representação política e participação desta no poder”; d) “conceito de lei como eixo de concretização constitucional do Estado de Direito”; e e) esta lei vincula a Administração Pública.

Para que o Estado seja considerado legítimo, é necessário, assim, o respeito a uma série de garantias: princípio da legalidade penal, humanização geral das penas, abolição da tortura e das demais penas corporais, igualdade perante a lei, proporcionalidade entre o delito e a pena, utilização da intervenção penal para fins sociais de prevenção dos delitos (RODRIGUEZ, 2001, p.72).

Nesse contexto, o Direito Penal estabelecido com o advento do Estado Liberal, seguindo as características dessa forma estatal, era, de acordo com Albrecht (2000, p.475), um mecanismo de “defensa de los ciudadanos contra las intervenciones coactivas del Estado”. A lei penal só era justificada pois objeto sancionador dos ataques contra o Direito, garantidora, portanto, da liberdade de todos os cidadãos. Para esse Direito Penal, portanto,

o ponto central se encontra na descriminalização: “se considera que el Derecho penal es excesivamente represivo en relación con la sociedad civil, que abarca un ámbito demasiado grande y que precisa su reducción. Surge con fuerza la Idea del carácter subsidiario del Derecho penal y del «Derecho penal mínimo»” (QUIROGA, 2006, p.56).

A legitimação do direito de punir, no Estado Liberal, estaria no contrato social (marco de passagem do estado de natureza para o Estado Civil), no qual os cidadãos, obrigados a viver em sociedade, abririam mão de parte de sua liberdade (saliente-se: da menor parte possível) em favor do Estado, a fim de que a liberdade de todos fosse garantida.⁴ Para Ferreira da Cunha (1995, p.32):

Fundamentando a existência do Estado e seu poder no contrato social, ou seja, na necessidade que os homens sentiram (para poderem coexistir de forma tanto quanto possível pacífica) de delegar parte (na formulação de Locke) do seu poder, dos seus direitos inatos, da sua vontade, no Estado, para que este pudesse ordenar a sociedade, também aqui residiria o fundamento do direito de punir. Mas, essa delegação só terá sido feita para, e na medida indispensável, à defesa da sociedade; quer dizer, para a proteção da liberdade e direitos subjetivos de cada indivíduo e da própria comunidade, para se prevenirem danos sociais, mas já não para se alcançarem fins transcendentes, para se conseguir o progresso, a moralidade ou o caminho para a perfeição. Para Beccaria, o «ius puniendi» resultava da necessidade que os cidadãos sentiram de renunciar a parte da sua liberdade em favor do Estado como meio de garantir a «liberdade possível em sociedade». Também Feurbach via «nos direitos inatos do indivíduo e do Estado, reconhecidos no contrato social, os únicos bens penalmente tuteláveis». Assim, «quem viola a liberdade garantida pelo contrato estadual e protegida pelas leis penais comete um crime». Também para Melo Freire o direito de punir deriva do pacto social, através do qual os cidadãos renunciam a parte dos seus direitos em favor do Estado. Para os iluministas, é no contrato social que se encontra o fundamento e os limites ao poder criminalizador.

⁴ Nesse contexto, deve-se atentar para ao alerta de Hassemer (1999, p.43-44): “Este contrato social tampoco es una realidad temporal que se dé en un momento determinado, o por lo menos no de un modo completo y ejemplar. Solo es una condición de posibilidad del derecho, una vez que el derecho natural perdió esa función. En el contrato social las partes contratantes, obligadas a vivir en sociedad, renuncian a una parte de su libertad natural, consiguiendo, así, que la libertad de todos quede garantizada. La igualdad y la reciprocidad de esta renuncia a la libertad son los elementos propios de este contrato social: sin su equilibrio el modelo teórico democrático degenera en el dominio de unos sobre otros. El contrato social, adoptado como fundamento del derecho no es, sin embargo, tan obvio en la convivencia cotidiana, por más que teóricamente sea evidente y normativamente vinculante. Se hace, por tanto, necesario marcar además con específicas garantías los límites de la renuncia a la libertad”. Além disso, é de ver-se que, de acordo com Fioravanti (2000, p.103), na França, havia toda uma necessidade de um estadismo, frente ao contratualismo e às exigências da sociedade civil. Conforme o autor, “junto a todo esto aparece también la tendencia a reforzar y legitimar los poderes constituidos frente al contractualismo y las exigencias de la sociedad civil. En este sentido, en el liberalismo posrevolucionario se manifiesta la imposibilidad, histórica y teórica, de que la Europa continental siga las huellas del constitucionalismo estadounidense, en el qual – como hemos visto – individualismo e historicismo se habían aliado frente al estatismo. En realidad, el liberalismo europeo *tine necesidad de su estatismo, que se manifiesta en la formula europeo-continental del Estado de derecho*: por una parte «de derecho», porque se empeña en la tutela de la sociedad y de los individuos frente a las exigencias de dirigistas de los poderes público, pero por otra parte también plenamente «Estado», porque se empeña en la defensa de las instituciones políticas frente a la misma sociedad civil”.

A concessão dessa liberdade, nesse prisma, estaria limitada, e quem definiria esse limite seria o Direito Penal, possuidor do papel de impedir que o Estado invadisse a liberdade do cidadão a quem do que havia sido “contratado”, além de, é claro, sancionar aquele que havia ferido a liberdade alheia. De acordo com Albrecht (2000, p.475), o programa do Direito Penal clássico marcava os limites da autonomia: para o Estado por um lado, para os agressores pelo outro.

Nesse sentido, para Copetti (2000, p.27), no Direito Penal correspondente ao Estado Liberal, haveria a ideia de “cessão de um mínimo de liberdade por parte dos indivíduos, para a construção de um pacto social que inclui o direito de punir”. E esta seria a expressão máxima do liberalismo, sendo um dos reflexos fundamentais, em matéria penal, dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade.

Assim, somente as lesões que ferissem as liberdades asseguradas no contrato social poderiam ser consideradas um delito. O conceito de bem jurídico⁵ assume aqui um caráter limitador e negativo, visto que impede uma criminalização ilegítima, ou seja, onde não haja uma lesão a um bem jurídico não pode haver qualquer conduta criminosa. Nesse sentido, conforme Ferreira da Cunha (1995, p.28):

Embora a paternidade do conceito «Bem Jurídico» tenha sido atribuída pela historiografia a Birnbaum, há quem entenda que as raízes deste conceito se podem encontrar no período do Iluminismo Criminal, uma vez que foi nesta fase que, reagindo-se contra a arbitrariedade da «justiça» criminal do período anterior (não só na forma de aplicação e execução das penas mas também a definição – e na falta de definição clara e prévia – dos crimes), se pretenderam traçar limites ao «*ius puniendi*» na determinação dos crimes, procurando-se, para esse fim, um conceito material de delito. Assim, identificou-se o crime com a necessária lesão de um

⁵ Embora não se pretenda esgotar o tema (tampouco aproximar-se disso), é necessário, nesse momento, apesar de sua definição não ser pacífica, bem como sua consideração como razão de ser do Direito Penal, conceituar-se bem jurídico. A título de introdução, sobre o surgimento do que sejam bens jurídicos, é oportuno transcrever as palavras de Hassemer (1984, p.37-38): “El concepto del bien jurídico es obra del pensamiento de la Ilustración. Lo fundamentó y formuló Paul Johann Anselm Feuerbach como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos. De este modo se sentaron las bases para un sistema penal orientado empíricamente, si bien han sido necesarias muchas batallas para lograr dirigir la atención del legislador y de los penalistas hacia las consecuencias del comportamiento. ‘La conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico’. Con esta máxima (re)aparece la víctima, tras siglos de haber permanecido oculta por los principios de irreprochabilidad, de antijuricidad y de referencia exclusiva a la conducta del delincuente. Como fundamento del merecimiento de castigo penal de una conducta, al legislador no puede bastarle la referencia a la vulneración de una norma ética o divina, antes bien, tiene que demostrar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses”. Dito isso, como conceituação, para Roxin (2006, p.18-19), bens jurídicos podem ser definidos como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”. O autor traz essa distinção entre realidades e finalidades pois, ao contrário do que entendido classicamente, defende que os bens jurídicos podem ser criados pelo legislador (no âmbito do Direito Tributário, por exemplo), não necessitando existirem previamente à criação da lei (que seria o caso da vida humana). Em suma, ele os define nos seguintes termos: “objetos legítimos de proteção das normas” (ROXIN, 2006, p.18.) Francisco de Assis Toledo (1994, p.16), por sua vez, traz que, “dentro o imenso número de bens existentes, seleciona o direito aqueles que reputa ‘dignos de proteção’ e os erige em ‘bens jurídicos’”.

direito subjetivo do indivíduo ou da comunidade, pretendendo-se expurgar do Direito Criminal a punição de condutas que fossem apenas moralmente reprováveis ou contrárias à religião, mas que não causassem um dano directamente a uma pessoa em concreto ou à própria «república».

O Direito Penal possuía, dessa forma, a função de manutenção do contrato social, devendo estabilizar as condições do pacto, sendo um direito que castiga, já que detentor da pretensão de evitar as lesões à liberdade (HASSEMER, 1999, p.45). Segundo Hassemer (1999, p.46), nessa concepção clássica, o Direito Penal é certamente um meio violento de repressão, mas também um instrumento de garantia da liberdade cidadã, e, como tal, é indispensável para assegurar a convivência entre os homens, sendo considerado a *ultima ratio* para a solução dos problemas sociais.

Esse Direito Penal, portanto, acompanhando as premissas do Estado Liberal, é uma forma de proteção do cidadão contra o poder estatal de punir, que advém do contrato social.

Diante de tudo isso, Hassemer (1999, p.45) aponta, em suma, três importantes consequências da concepção clássica de Direito Penal:

1. Sólo la lesión de las libertades aseguradas por el contrato social pueden considerarse un delito. El concepto de bien jurídico se transforma así sistemáticamente en un criterio negativo que impide la criminalización ilegítima: allí donde no haya una lesión de un bien jurídico no debe haber delito.
2. Los límites a la renuncia de las libertades acordadas en el contrato social deben quedar precisados de un modo absolutamente contundente. Deben evitarse, por tanto, posteriores modificaciones de estos límites, o intervenciones sociales o gubernamentales en los acuerdos adoptados en el contrato social. Tampoco deben dejarse al poder interpretativo de un tercero, sea este la administración de justicia o el gobierno. En esto se materializa la ética del positivismo legal y ello explica también que en aquel momento se prohibieron comentarios e interpretaciones de las leyes. Precisamente fue esta a razón de ser del mandato de certeza en derecho penal.
3. El Estado es sólo una institución derivada de los derechos de los ciudadanos, de ellos percibe su legitimación e ellos son, al mismo tiempo, los límites de su poder. Lo contrato social no permite ningún poder autónomo, ni usurpador. Precisamente por esto, hay que limitar el poder estatal del modo más enérgico allí donde más claramente se manifiesta es decir, en el derecho penal, que debe ser configurado desde el punto de vista de los derechos individuales, con una forma de protección, la más enérgica y contundente, de los mismos. Ello explica también la existencia en derecho penal de principios como los de subsidiariedad y proporcionalidad, y de derechos como el de recurrir a los tribunales, a la defensa o a no declarar contra si mismo.

De toda a análise dos fundamentos do Estado Liberal, lastreados no indivíduo e na proteção de sua liberdade, bem como na intervenção mínima estatal, conclui-se, inevitavelmente, ter havido a transposição de tais alicerces ao Direito Penal, que, seguindo a lógica de seu tempo, legitimado pela teoria do contrato social, adotou o princípio da intervenção penal mínima, o qual vigora (ao menos teoricamente) até os dias de hoje. Tem-se, assim, que o Direito Penal que corresponde à forma estatal Liberal, seguindo seus preceitos, será, como já dito, um mecanismo de defesa do cidadão frente às intervenções estatais, assumindo uma concepção de intervenção mínima e de garantia de direitos fundamentais individuais.

3 O ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Seguindo a evolução histórica, tendo em vista que insuficiente um Estado distante da vida do cidadão, após a Revolução Industrial surgiu o Estado Social⁶ (também denominado de Estado do Bem-Estar ou *Welfare State*), um estado intervencionista que veio a conceder direitos sociais e coletivos aos cidadãos, e ser responsável pela sua satisfação. Essa mudança se deu devido à constatação de que a não intervenção do Estado nas relações entre os indivíduos acabava por proporcionar desigualdade, favorecendo os detentores de situação econômica privilegiada. Percebeu-se que a burguesia, impulsionadora do Estado Liberal, não realizou os preceitos defendidos na Revolução Francesa, visto que a igualdade era verificada apenas em um sentido formal, e a liberdade, por sua vez, restringia-se ao aspecto econômico.

Saliente-se que o liberalismo trouxe grande desenvolvimento econômico e industrial, porém, pretendeu sustentar tal desenvolvimento na exploração dos trabalhadores por meio de baixos salários e deploráveis condições de trabalho, gerando concentração de renda. Essas mesmas circunstâncias propiciaram a Revolução Industrial (manifestada no conflito entre a burguesia e a classe operária), que trouxe modificações ao então Estado Liberal, transformando-o em Estado Social. Foi, assim, diante de um modelo produtivo voltado à industrialização, que os movimentos operários de luta pela

⁶ Antes de se adentrar nas características do Estado Social de Direito deve-se mencionar que, para Streck e Bolzan de Moraes (2006, p.81-82), seguidores do posicionamento de René Antonio Mayorga, os países da América Latina, periféricos e de desenvolvimento tardio, não vivenciaram a fase do Estado Social. Conforme explicam os autores: "As peculiaridades do desenvolvimento dos países da América Latina – processo de colonização, séculos de governos autoritários, industrialização tardia e dependência periférica – não permitiram a gestação e o florescimento de um Estado de Bem-Estar Social ou algo que a ele se assimilasse. O intervencionismo estatal confunde-se historicamente com a prática autoritária/ditatorial, construindo-se o avesso da ideia de Estado Providência, aumentando as distâncias sociais e o processo de empobrecimento das populações. Assim, a tese de que em países periféricos de desenvolvimento tardio o papel do Estado deveria ser o de intervenção para a correção das desigualdades, não encontrou terreno fértil em terras latino-americanas. Ao contrário, a tese intervencionista sempre esteve ligada ao patrimonialismo das elites herdeiras do colonialismo. Isso é perfeitamente aplicável ao caso brasileiro, onde o intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado, serviu tão-somente para a acumulação de capital e renda em favor de uma pequena parcela da população. De todo modo, embora o Estado intervencionista represente uma espécie de amálgama capitalista como projeto salvacionista em face do crescimento dos movimentos de massa, tornou-se na verdade, o embrião da construção das condições da etapa que o sucedeu nos países desenvolvidos, o Estado Democrático de Direito. E isso não ocorreu no Brasil" (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2006, p.81-82).

regulação da chamada questão social (direitos de trabalho como previdência e assistência sociais, transporte, salubridade pública e educação), houveram por modificar, o próprio conteúdo do Estado. A partir dessa nova ordem, a lei passa a assumir um caráter de “ação material do Estado”, pois facilitadora do acesso a bens e necessidades vitais (SBARDELOTTO, 2001, p.37).

Conforme salienta Bolzan de Moraes (2005, p.17), a história da passagem do Estado Mínimo ao Estado Social perpassa, necessariamente, pela luta dos movimentos operários, os quais vieram a exigir seus direitos de cunho social:

A história desta passagem, de todos conhecida, vincula-se em especial na luta dos movimentos operários. São as conquistas relativas às relações de produção e seus reflexos, como a previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia etc., que vão impulsionar a passagem do chamado Estado Mínimo – onde lhe cabia tão-só assegurar o não impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado caracterizado por vínculos intersubjetivos a partir de indivíduos formalmente livres e iguais – para o Estado Social de caráter intervencionista – que passa a assumir tarefas até então próprias ao espaço privado através de seu ator principal, o indivíduo.

Nessa mesma linha, Copetti (2000, p.54) aponta para a cessão, pelo Estado Liberal (reflexo da vontade burguesa), às exigências dos trabalhadores,⁷ ao ver-se obrigado a “entregar os anéis para não perder os dedos”, concedendo, constitucionalmente, direitos do trabalho, da previdência, da educação, ditando o salário, manipulando a moeda, intervindo na economia como distribuidor, comprando a produção, regulando preços, combatendo o desemprego e etc., em suma, interferindo na “dinâmica socioeconômica da sociedade civil”. Por essas razões, o Estado “passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas, a serem asseguradas ao cidadão como direitos peculiares à cidadania, ou o agir como ator privilegiado do jogo socioeconômico” (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2006, p.63).

O Estado Social consolidou-se, então, a partir da cessão às pressões dos trabalhadores, que, aliadas a um colapso na economia, manifestado na crise de 1929, demonstraram a necessidade de implementação de poderes estatais de intervenção onde antes não era permitido (e isso inclui principalmente a economia). Nasce, assim, o *Welfare State*. Não basta mais a limitação ao poder estatal, é preciso que o Estado tenha poderes para garantir direitos liberais e sociais por ele concedido aos cidadãos, além de interferir na economia em caso de necessidade.

⁷ Cumpre aqui alertar que, em verdade, conforme aduzem Streck e Bolzan de Moraes (2006, p.76-77), a burguesia permitiu a flexibilização das premissas do Estado Liberal tendo em vista que ameaçada pela pressão dos trabalhadores e, além disso, acabou por se beneficiar do intervencionismo estatal, que permitiu, nas palavras dos autores, “que a infraestrutura básica necessária para o desenvolvimento das atividades de acumulação e expansão do capital fosse gerada com verbas públicas constituídas pela poupança e taxaço generalizadas”.

O Estado passa a ter, com essa evolução, um caráter positivo, contrariando a abstenção que deveria exercer no modelo liberal. O principal objeto do Estado deixa de ser o indivíduo e passa a ser o grupo social, não mais tendo como característica relevante a sanção, para se preocupar com a promoção do bem-estar social. Nessa linha, Streck e Bolzan de Morais (2006, p.79) apontam para a importante característica de o cidadão passar a ter direito de garantia do seu bem-estar pela “ação positiva do Estado como alicerçador da qualidade de vida do povo”.

O Estado Social acrescenta, assim, aos valores do Estado Liberal, uma necessidade de torná-los efetivos através da agregação de um conteúdo material e da constatação de que Estado e cidadão não devem estar isolados nem ser vistos como entes contraditórios, mas sim, e inclusive, como dependentes um do outro. Desse modo, por exemplo, a liberdade só pode ser realizada de fato se forem garantidas condições existenciais mínimas para tanto; a propriedade individual deve ser limitada pelos interesses da comunidade; a segurança necessita de uma garantia material, na medida em que são criadas instituições como o salário mínimo, segurança no emprego, assistência médica, entre outras; a segurança jurídica e a igualdade perante a lei devem vir acompanhadas de condições mínimas de vida e da correção das desigualdades sociais (GARCÍA-PELAYO, 1996). Por esses fatores, García-Pelayo aponta, resumidamente, as principais diferenças do Estado Liberal e do Estado Social:

De este modo, mientras que el Estado tradicional se sustentaba en la justicia distributiva; mientras que el primero asignaba derechos sin mención de contenido, el segundo distribuye bienes jurídicos de contenido material; mientras que aquél era fundamentalmente un Estado legislador, éste es, fundamentalmente, un Estado gestor a cuyas condiciones han de someterse las modalidades de la legislación misma (predominio de los decretos leyes, leyes medidas, etc.); mientras que el uno se limitaba a asegurar la justicia legal formal, el otro se extiende a la justicia legal material. Mientras que el adversario de los valores burgueses clásicos era la expansión de la acción estatal, para limitar la cuál instituyeron los adecuados mecanismos – derechos individuales, principio de la legalidad, división de poderes, etc. -, en cambio, lo único que puede asegurar la vigencia de los valores sociales es la acción del Estado. Allí se trataba de proteger la sociedad del Estado, aquí se trata de proteger la sociedad por la acción del Estado. Allí se trataba de un Estado cuya idea se realiza por la inhibición, aquí se trata de un Estado que se realiza por suya acción en forma de prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional. (GARCÍA-PELAYO, 1996, p.26-27)

De outra banda, em termos de Constituição, as primeiras manifestações do Estado Social se deram na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição alemã de Weimer, de 1919, sendo que a constitucionalização da nomenclatura Estado Social ocorreu, pela primeira vez, na Constituição alemã de 1949.⁸

⁸ Nesse contexto cumpre trazer o alerta de Bolzan de Morais (2005, p.18): “O modelo constitucional do *Welfare State* principiou a ser construído com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimer de 1919, contudo, não tem uma aparência uniforme. O conteúdo e os instrumentos próprios desta forma estatal se alteram, se

Ao Direito, antepõe-se, a partir de então, um conteúdo social. Nas palavras de Bolzan de Moraes (1996, p.72), “sem regenerar as conquistas e valores impostos pelo liberalismo burguês, dá-se-lhe um novo conteúdo axiológico-político”. Não há, portanto, um rechaço aos princípios fundadores do Estado Liberal, mas sim uma complementação a eles, incluindo-se, juntamente aos direitos destinados à limitação do poder estatal, direitos que trazem prestações sociais. O princípio da legalidade, nesse contexto, muda de viés, pois a lei não é mais vista como uma ordem geral e abstrata, mas como “um instrumento de ação, muitas vezes, com caráter específico e concreto, atendendo critérios circunstanciais” (BOLZAN DE MORAIS, 1996, p.72).

Verificam-se, ainda, transformações da concepção de cidadania, que passa do plano civil e político para o social, e na ordem jurídica, que se torna um instrumento destinado a atingir metas sociais concretas, “dentro de uma lógica distributivista de satisfação de direitos humanos sociais, igualitários, destinados a organizar a sociedade de forma mais justa” (COPETTI, 2000, p.55). O Estado de Direito evolui, assim, de possuidor de um caráter “formal, neutro e individualista” para um “Estado material de Direito”, pretensor do alcance da justiça social (COPETTI, 2000, p.55).

Com o advento desse novo Estado surge, também, uma nova concepção de Direito Penal. A transformação perpassa pela ideia de não intervencionismo e garantia contra o Estado para intervencionismo e garantias dos direitos concedidos por ele (garantia material). Assim, se expandidas as funções do Direito (que passa a acolher a necessidade de prestações sociais), da mesma forma quedou expandido o leque de abrangência do Direito Penal. Nesse prisma, Copetti (2000, p.33) aduz que

[...] enquanto a constituição do Estado Liberal e toda a sua estrutura principiológica está condicionada às contingências de seu tempo de origem, anterior às grandes transformações da sociedade industrial, o Estado Social é exatamente fruto desta nova sociedade. Resultou disso alterada e ampliada a função do Direito, em razão das novas demandas sociais surgidas com a sociedade industrial. Por consequência, e não poderia ser diferente, modificada e alargada também ficou a função do direito penal. De uma função de garantia a ser concretizada preferencialmente mediante a abstenção estatal, trafegou-se para uma concepção de garantia material, cuja efetivação reclama a intervenção.

Nesse aspecto, constata-se que, a partir das demandas emanadas do Estado Social, passou-se a uma nova visão do princípio da intervenção, afinal, do não intervencionismo estatal evoluiu-se para a necessidade da intervenção. Nesse mesmo sentido se verifica

reconstroem e se adaptam a situações diversas. Assim é que não se poderia falar em “o” Estado do Bem-Estar, mas em suas diversas expressões, muito embora este possa ser compreendido como aquele Estado no qual o cidadão, independentemente de sua situação social, tem direito a ser protegido através de mecanismos/prestações públicas estatais, contra dependências e/ou ocorrências de curta ou longa duração, dando guarida a uma fórmula onde a questão da igualdade aparece – ou deveria aparecer – como fundamento para a atitude interventiva do Estado”.

uma reestruturação do princípio da intervenção penal, pois, “a concretização de todas as promessas consistentes nos direitos coletivos exigia uma maior interferência estatal penal” (COPETTI, 2003, p.27-38).

O Direito Penal advindo desse Estado Social é, portanto, um Direito Penal também intervencionista, visto que os postulados dessa nova forma de Estado assim o exigem. Deve-se atentar principalmente para o fato de que, com a intervenção do Estado na economia e na vida privada, novos valores surgem, valores estes que, posteriormente, receberão também (além dos clássicos como a vida e a liberdade, por exemplo) o título de bem jurídico (como a ordem financeira, por exemplo) e passarão, por isso, a serem, protegidos pelo Direito Penal. Assim, tendo em vista que o Estado Social foca sua importância no grupo social, deixando de atentar somente ao indivíduo, como ocorria no Estado Liberal, novos valores são incorporados à sociedade e, conseqüentemente, ao Direito, o qual, visando a assegurar direitos individuais e principalmente sociais, acaba por também expandir o rol dos bens jurídicos dignos de proteção penal. Nesse sentido, conforme Copetti (2000, p.35):

De um quadro de unanimidade em relação à pertinência funcional da intervenção estatal penal mínima, passou-se, desde a positivação constitucional de direito coletivo, a uma situação paradoxal e conflitiva quanto aos limites e à extensão do poder punitivo estatal, que traduz a relação de tensão existente entre as concepções individualistas e coletivistas do ser humano.

Yacobucci (2002, p.37) também aborda o assunto, ressaltando:

Tomando como punto de referencia ideológico al denominado *welfare state*, se verificó el avance del poder estatal sobre ámbitos en principio ajenos a la intervención pública. Dentro de estos criterios dirigistas, el derecho penal ingresó en campos considerados tradicionalmente neutros a las cuestiones del ilícito y de la pena. Mientras en la visión ‘clásica’ el derecho penal se ordena a proteger bienes jurídicos inmediatamente relacionados con el individuo, su libertad y sus derechos, con el avance del poder estatal, el objetivo pasa a ser el aseguramiento de programas públicos, metas administrativas y planes de desarrollo. Sobre esas bases, los criterios de selección de lo ilícito ya no pueden ser los mismos. Si el Estado se interesa por asegurar sus metas a través de la construcción de delitos y la aplicación de penas, los criterios se transforman en eminentemente político-administrativos; es decir, aparecen orientados por los principios de oportunidad y eficiencia que rigen buena parte de la actividad de la administración estatal. Por lo demás, la defensa de bienes difusos o macrosociales plantea un desafío extremo al derecho penal tradicional, por cuanto los instrumentos básicos de su teoría del delito no parecen aptos para responder al análisis de formas de organización, creación de riesgos, problemas de imputación objetiva y subjetiva en estructuras con división de funciones o tareas, etcétera.

Do que foi exposto conclui-se, portanto, que a transformação de um Estado Mínimo a um Estado Intervencionista, inevitavelmente, trouxe novos direitos (sociais) aos cidadãos, fazendo com que também o Direito Penal acabasse por abarcar a proteção desses novos âmbitos de proteção, passando a punir condutas que lesionassem bens coletivos, e não só bens individuais, como antes ocorria no Estado Liberal.

4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Diante do antagonismo existente entre os direitos liberais e os sociais concedidos por uma mesma Constituição, advém uma nova forma de Estado, que visa a concatenar esses dois ramos de direitos e ainda outros dela emanados. Assim, surge o Estado Democrático de Direito, sendo este um compilado do Estado Liberal com o Estado Social. O Estado Democrático de Direito, no entanto, ultrapassará o Estado Liberal e o Estado Social, trazendo à atividade estatal e à ordem jurídica um “conteúdo utópico de transformação da realidade” (BOLZAN DE MORAIS, 1996, p.76).

No que tange ao seu surgimento, Bolzan de Moraes (1996, p.80) alerta para o fato de ele não ter advindo de uma revolução das estruturas sociais, mas sim, da incorporação de novas características ao modelo tradicional. Desse modo, a partir dos valores liberais, agregados da questão social, inclui-se, com o advento dessa nova forma estatal, por exemplo, a questão da igualdade, agora como um “conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”. Saliente-se que, muito embora a preocupação com a igualdade já pudesse ser percebida nos modelos anteriores, no Estado Democrático de Direito a ela são dados novos contornos, visto que passa a ser vinculada à solidariedade, compondo um “caráter comunitário”. No mesmo sentido aduz Copetti (2000, p.58):

O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento mínimo de condições de vida ao cidadão e à comunidade.

Assim, ao Estado de Direito, é atrelado o ideal democrático “não como uma oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social” (BOLZAN DE MORAIS, 1996, p.74-75). E acrescenta que a ele é atribuído um conteúdo transformador, que vai além do aspecto material, sendo um fomentador da participação pública:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o

aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando *o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência. (BOLZAN DE MORAIS, 1996, p.74-75)

Nesse aspecto, o grande diferencial do Estado Democrático de Direito está na preocupação de transformação da realidade que carrega, com o objetivo de atingir a tão esperada igualdade, dessa vez através da democracia. Além disso, esse conteúdo de transformação do *status quo* se verifica na agregação do valor solidariedade à igualdade já manifestada nos Estados Liberal e Social, trazendo, a partir da ideia de democracia, a participação da sociedade na melhoria da vida individual e coletiva dos cidadãos. Bolzan de Moraes (1996, p.82) aponta para, partindo-se da incorporação da democracia, o caráter altamente dinâmico do Estado Democrático de Direito, o qual traz normas passíveis de mutação de acordo com a tendência sociopolítica:

O Estado de Direito, dada a sua substancialidade, para além de seu formalismo, incorporando o feitiço indomesticado da democracia, se apresenta como uma contínua (re)criação, assumindo um caráter dinâmico mais forte do que sua porção estática – formal. Ao aspecto paralisante de seu caráter hierárquico agrega-se o perfil mutante do conteúdo das normas, que estão, a todo instante, submetidas às variações sociopolíticas, impondo esta forma de hierarquização substancializada.

Streck (2001, p.85), por sua vez, alerta para a importância, além da democracia, dos direitos fundamentais, visto que o Estado Democrático de Direito estaria assentado sobre esses dois pilares: “não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia”.

Nessa forma estatal, a lei possui, portanto, uma função de transformação social tendo em vista que, de acordo com Bolzan de Moraes (1996, 80-81), “incorpora um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade”. O mesmo autor acrescenta: “dessa forma, os mecanismos utilizados aprofundam paroxisticamente seu papel promocional, mutando-o em transformador das relações comunitárias. O ator principal passa a ser coletividades difusas a partir da compreensão da partilha comum de destinos” (BOLZAN DE MORAIS, 1996, p.80-81).

A lei passa a ser vista, diante de tudo isso, como um instrumento de ação que o Estado possui para transformar uma realidade de inefetivação de direitos, buscando-se, por meio dela, assegurar a realização de direitos objetivados pela ordem jurídica.

Ela agrega o papel de transformadora, de criadora de relações comunitárias, a partir de direitos coletivos e difusos.

Verifica-se, portanto, que o Estado Democrático de Direito dá à lei um conteúdo inegavelmente de transformação do *status quo*, conferindo a ela a expectativa de efetiva implementação dos direitos sociais, já previstos abstratamente nas Constituições dos Estados Sociais, mas nunca realmente concretizados, além da efetivação de novos direitos de cunho transindividual.⁹ Cumpre, ainda, referir que, para a garantia da concretização desses direitos, a esperança é depositada no Poder Judiciário, (e não mais no Poder Legislativo como ocorria no Estado Liberal, e nem no Executivo como se esperava no Estado Social), que passa a ter o papel de reconhecimento material dos direitos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional para fins de sua efetiva implementação (SBARDELOTTO, 2001, p.42).

Desse modo, nessa forma de Estado, devem ser garantidas não só as liberdades individuais e os direitos coletivos (sociais), mas também os direitos chamados transindividuais como, por exemplo, o meio ambiente, a paz, o patrimônio comum da humanidade e o desenvolvimento. Nesse aspecto aduz Copetti (2000, p.56):

Numa terceira fase, pós-Segunda Guerra Mundial, pelo qual está passando o Estado moderno, diante do surgimento de novos problemas sociais, temos a instituição de uma terceira geração de direitos humanos, os chamados direitos pós-materiais, que passam a ser reclamados na medida em que o desenvolvimento industrial e tecnológico passou a atingir bens até então intocados, como o ar, a água, todo o ecossistema global e outros interesses coletivos, difusos e transindividuais, ficando evidenciada, a partir daí a necessidade de institucionalizar-se a sua proteção.

Feldens (2002, p.29-30) alerta, ainda, para a necessidade de o Estado garantir não somente num plano normativo, mas também num plano material, a efetividade e

⁹ Os interesses transindividuais, tendo em vista ultrapassarem o indivíduo isoladamente considerado, abarcam os interesses coletivos e os difusos, sendo os primeiros gêneros e os segundos e terceiros espécie. Dito isso, os interesses coletivos, “estando titularizados por um conjunto de pessoas, permanecem adstritos a uma determinada classe ou categoria delas, ou seja, são os interesses que são comuns a uma coletividade de pessoas e a elas somente. Para a caracterização destes pressupõe-se a delimitação do número de interessados com a existência de um vínculo jurídico que una os membros desta comunidade para que, assim, a titularidade possa ser coletivamente definida. Como visto, o interesse será coletivo quando titularizado pelos elementos pertencentes a um grupo perfeitamente delimitado subjetivamente, pois juridicamente unidos. Assim, o interesse coletivo tem como titulares, apesar de sua extensão numérica, um conjunto delimitável e perceptível de pessoas”. Já os interesses difusos, por sua vez, “apesar de estarem relacionados à coletividade de indivíduos, distinguem-se sobremaneira dos anteriores referidos por não estarem alicerçados em qualquer vínculo jurídico de base. A reunião de pessoas em torno de um interesse difuso assenta-se em fatos genéricos, acidentais e mutáveis, como habitar a mesma região, consumir os mesmos produtos, viver sob determinadas condições socioeconômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc., como refere o jurista italiano Mauro Cappeletti. Em razão disso, o grupo ligado aos interesses difusos apresenta-se fluido, indeterminado e indeterminável, pois estão diluídos na satisfação de necessidades e interesses de amplos setores da sociedade de massas, característica dos tempos atuais” (BOLZAN DE MORAIS, 1996, p.127-128 e 137-138).

concreção desses direitos de caráter supraindividual, o que, inclusive, poderá exigir maior intervenção estatal:

Sem embargo, a concretização desses novos direitos ou interesses de índole marcadamente trans ou metaindividual, coletivos e difusos, não se logra conquistar tão-somente em face de seu simples reconhecimento político-normativo (aspecto formal), afinal, conforme assinala Bobbio, “uma coisa é falar dos direitos do homem, sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los como com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”. Torna-se imperioso efetivá-los (aspecto material), exigindo a sua concreção, muitas vezes, uma “intervenção ativa do Estado”. Pois a fórmula do Estado Democrático de Direito, exteriorizando-se como um *plus* (normativo), vem para assumir rigorosamente essa característica. Conferindo-lhes – como também aos direitos sociais – assento constitucional, erige-se à categoria de direitos fundamentais, dotando-os, por conseguinte, do mais elevado grau de positividade jurídica. Demais disso, e como nota essencial, estabelece, no plano normativo-institucional, garantias aptas a fazê-los efetivados e respeitados.

Diante de tudo isso, em face dessa fusão do Estado Liberal com o Estado Social e da incorporação da democracia ao Estado de Direito, fazendo surgir o Estado Democrático de Direito, manifestada não só na necessidade de garantia dos direitos individuais e sociais, mas também dos supraindividuais, surge a problemática, no âmbito do Direito Penal, de até que ponto se deve manter o Direito Penal mínimo. Nesse sentido, para Copetti (2000, p.36):

Com o deslocamento do centro de gravidade dos princípios orientadores do Estado de Direito, desde uma configuração formal, típica do Estado liberal, até uma realização material, característica do Estado social, e, posteriormente, com a fusão destas duas lógicas no modelo constitucional de Estado Democrático de Direito, que as supera, na medida em que sua funcionalidade não se restringe à agregação das duas anteriores de forma fragmentada e estanque, mas a elas adiciona objetivos transformadores, algumas novas situações problemáticas se colocaram em relação à definição, extensão e funcionalidade dos princípios penais clássicos, especialmente em relação ao postulado da intervenção mínima.

Assim, para o mesmo autor, a passagem de uma concepção formal para material de Estado de Direito se manifesta também, e aqui no que interessa especificamente ao Direito Penal, no fato de a liberdade e a segurança jurídica individuais do cidadão deverem ser alcançadas não só mediante uma atitude de abstenção estatal, mas por meio de uma garantia positiva, a ser prestada pelo Estado, de uma existência digna do ser humano. Essa necessidade de uma promoção ativa por parte do Estado, não bastando mais a simples concessão de direitos que visem a defender o cidadão frente às suas

intervenções, proporcionará, em termos de justiça criminal, importantes consequências (COPETTI, 2000, p.37).

Percebe-se, portanto, que a abertura do leque dos direitos constitucionalmente previstos (havendo, além da previsão dos direitos individuais e sociais, agora também a proteção a direitos supraindividuais) e o caráter transformador atribuído ao Estado Democrático de Direito (que vem a concretizar-se através da expectativa de efetivação dos direitos pela aplicação material da lei pelo Judiciário) fizeram com que, da mesma forma, o Direito Penal se deparasse com a necessidade de expansão do seu rol de atuação.¹⁰

Nessa linha de intelecção, Copetti (2000, p.38) aponta para o fato de a Constituição Federal Brasileira de 1988 ter trazido uma série de obrigações criminalizadoras bem como aumentado a possibilidade de atuação estatal penal, o que teria proporcionado o aumento do número de bens jurídicos a serem protegidos penalmente (como, por exemplo, o meio ambiente). De outra banda, o texto constitucional teria renovado garantias de cunho liberal, mormente no que tange à proteção do indivíduo frente às intervenções abusivas estatais.

Diante disso, o jurista alerta para a complexidade axiológica-normativa do sistema jurídico-penal brasileiro, gerada por essa previsão constitucional concomitantemente de cunho liberal-garantista e de acolhimento de bens jurídicos não individuais:¹¹

Nesse sentido, o projeto constitucional, ao abrigar os postulados liberais-individuais que primam pela garantia individual, buscando com isso a limitação estatal, e, também, em sentido diverso, ao alargar significativamente o seu catálogo de bens jurídicos não individuais, com uma conseqüente inflação de bens jurídico-penais, gerou uma complexidade axiológico-normativa até então nunca vista, situação que afastou quaisquer facilidades aos juristas na execução na tarefa de reconfiguração constitucional do direito penal. (COPETTI, 2006, p.42-43)

¹⁰ Saliante-se que não se busca, nesse momento, adotar qualquer posicionamento favorável ou contrário acerca da expansão do Direito Penal. O que se pretende com toda essa análise de evolução do Estado é trazer, como constatação, que, inevitavelmente, o aumento de direitos a serem garantidos pelo Estado, bem como o seu papel efetivador desses direitos (manifestado no Estado Democrático de Direito pela atuação do judiciário) acabará por influenciar (de forma acertada ou não) o rol de direitos a serem abarcados pela proteção penal.

¹¹ Bens jurídicos não individuais, transindividuais ou supraindividuais podem ser definidos como aqueles cuja titularidade não pertence a uma pessoa determinada, como ocorre nos bens jurídicos individuais. Conforme a lição de Bianchini, Molina e Gomes (2009, p.238-239): "Os bens jurídicos, segundo o sujeito titular, são individuais (os que pertencem às pessoas singulares: vida, saúde pessoal, liberdade, propriedade, honra, etc.) ou *supraindividuais*, que se subdividem (a) em bens *coletivos ou gerais*, que pertencem a toda coletividade (segurança pública, incolumidade pública, etc.) ou (b) *públicos ou institucionais* (os que pertencem ao Estado ou órgão ou entidades públicas: patrimônio do Estado, segurança do Estado etc.) ou (c) *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 e os difusos tem em comum seu caráter supraindividual, isto é, seu titular não é um indivíduo determinado, não obstante devem ser distinguidos: os primeiros relacionam-se com a sociedade em seu conjunto (segurança pública, incolumidade pública, etc.); os segundos, por sua vez, pertencem a uma pluralidade de sujeitos mais ou menos determinados ou determináveis (consumidores de um determinado produto, moradores de uma região etc.)."

Por essa razão, Streck e Copetti (2002, p.256-257) afirmam que o modelo normativo penal brasileiro pode ser compreendido como um “padrão eclético consolidado” ou como um “*standart* de transição”,¹² uma vez que “não é nem exclusivamente liberal-individualista, nem tampouco somente social-coletivista”.

Nesse contexto, a novidade da expressa previsão constitucional de proteção (inclusive criminal) de direitos, interesses e bens supraindividuais fez com que o Direito Penal passasse a ser direcionado a esse âmbito de atuação, a partir de uma exigência de intervenção estatal como guardião dos direitos comunitários. Conforme os autores:

Isto conduz, em termos de direito penal, a que seja cada vez mais reclamada uma intervenção do Estado não mais somente para garantir o exercício dos direitos individuais cuja titularidade é de cada cidadão atomizado, mas, noutro sentido, exige-se a presença efetiva dos poderes público para limitar atuações individuais que afetam, impedem e danificam direitos e interesses de grupos ou comunidades. (STRECK; COPETTI, 2002, p.263)

Por esses fatores, no Estado Democrático de Direito estar-se-ia, com respaldo na Constituição Federal (frise-se, no caso brasileiro, eivada de pressupostos de caráter liberal e, ao mesmo tempo, de novos conteúdos coletivos e difusos) a atribuir também ao Direito Penal o papel de proteger e efetivar esses interesses transindividuais, passando-se, então, a expandir o seu rol de atuação a condutas até então não abarcadas por ele.

Em razão desses aspectos, Silva Sánchez (2002, 53-54), brevemente, observa a tendência de se considerar inadequada a posição de que no Estado Democrático de Direito haveria a convivência de um Estado do bem-estar com um Direito Penal mínimo, pois, segundo o autor, harmonizar-se um Estado máximo com um Direito Penal mínimo se constituiria uma *contradictio in terminis*, motivo pelo qual, conclui, após, parecer ser razoável pensar que “um Direito penal mínimo somente possa ser gerado no marco de um Estado mínimo...”.

Nesse contexto, para que possamos compreender essa expansão do Direito Penal devemos, necessariamente, entender a forma como se deu a evolução do Estado Liberal de Direito ao Estado Democrático de Direito. Isso porque resta impossível dissociar a compreensão do Direito (dentro do qual, por óbvio, inclui-se o Direito Penal) do Estado, dependendo o entendimento das atuais tendências do Direito Penal do conhecimento dos momentos históricos vivenciados anteriormente, pois, nas palavras de Bolzan de Moraes (1996, p.84): “o Direito do Estado vai assumindo o conteúdo das transformações pelas

¹² “No qual o espaço normativo antes majoritariamente ocupado pelos direito e interesses individuais passou a ser abarcado também de forma significativa por bens, direitos e interesse não individuais” (STRECK, COPETTI, 2002, p.257).

quais este passa”. Sobre a intrínseca relação entre Direito e Estado, Azambuja (1996, p.389) esclarece:

Tão intimamente está o Direito ligado ao Estado que se pode dizer que lhe é intrínseco e consubstancial, tanto que alguns pensadores consideram o Estado como um sistema de normas e preceitos gerais e permanentes. O conjunto dessas normas e preceitos é que se denomina, em sentido amplo, o Direito, que dispõe também sobre a organização do próprio Estado.

Dito isso, cumpre ainda referir que, mais especificamente no que tange ao Direito Penal, sua intrínseca relação com o Estado está no fato de a legitimação da violência encontrar-se exclusivamente nas mãos do ente estatal, que, controlando-a, através desse restrito ramo do Direito, tem o dever de estabelecer as condutas dignas de punição, proporcionando, assim, a convivência pacífica entre os homens, protegendo valores a eles importantes e garantindo a sua própria existência.

Nesse aspecto, Gracia Martín (2003, p.52) alerta para o fato de que o modelo penal “ha sido uno dependiente en sus formas y en sus contenidos de un determinado modelo histórico de sociedad y, por tanto, de unas determinadas coordenadas espacio-temporales”. No mesmo sentido aponta Ferreira da Cunha (1995, p.131):

De facto, é natural que as soluções penais tenham de estar necessariamente no tipo de Estado. É evidente que o Direito Penal de um Estado totalitário não poderá ser o mesmo de um Estado democrático, enquanto naquele se tenderão a impor padrões de comportamento mesmo a nível ideológico ou moral, neste, a palavra de ordem será o máximo de pluralismo e tolerância compatíveis com a preservação das condições essenciais de sobrevivência social (e de desenvolvimento digno da pessoa humana).

Portanto, não há que se negar que o fenômeno da expansão do Direito Penal esteja intimamente ligado à evolução das formas do Estado de Direito. É o que aduzem Gomes e Bianchini (2002, p.39-40):

A *hipertrofia* do Direito Penal não é um fenômeno novo e tampouco isolado: é fruto de uma evolução histórica progressiva e segue *pari passu* a evolução da ideia do Estado de Direito, que nasce com a pretensão de submeter o Estado ao Direito. O Direito penal foi se hipertrofiando na medida em que o Estado foi crescendo e ganhando novas missões. Agora na chamada “sociedade de riscos”, o processo está se agravando imensamente.

Diante disso, percebe-se que, em razão dessa evolução do Estado, queda o Direito Penal pressionado a expandir seu leque de atuação. Por todos esses fatores, nos resta

o questionamento: como manter os pressupostos liberais-garantistas do Direito Penal mínimo frente à necessidade de guarda de direitos transindividuais? Qual seria o limite dessa atuação expansiva? Afinal, por mais que admitamos uma possibilidade de expansão, de acordo com a evolução dos tempos, não podemos olvidar das garantias penais duramente conquistadas, sob pena de retrocedermos a admitir um Estado totalitário.

Com efeito, as respostas ainda não se apresentam claras. Tampouco de pode vislumbrá-las ao longe. O que não se pode negar, e o que aqui se pretendeu demonstrar, é que os pressupostos do Direito Penal sempre acabarão por ser influenciados pela evolução do Estado, pois o primeiro estará, de forma inevitável, ligado ao segundo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das breves inquietações expostas, podemos extrair algumas conclusões que, embora não tragam uma resposta à indagação de até que ponto conseguiremos manter o Direito Penal clássico, apontam de que forma a evolução do Estado, e principalmente o surgimento do Estado Democrático de Direito, influencia o Direito Penal.

Com efeito, no Estado Liberal, embrião do Direito Penal clássico e das premissas de cunho garantista, o postulado de não intervenção estatal fez com que o Direito Penal também não fosse chamado a intervir na vida do cidadão, sendo considerado um mecanismo de proteção do indivíduo frente às intervenções coativas do Estado.

Em sequência, o Estado Social veio a configurar a necessidade de participação do Estado no sentido de conceder e efetivar não só direitos de cunho individual, mas também de característica social. Nessa mesma linha de raciocínio, a atuação do Direito Penal, de uma situação de abstenção, passa a ser vista num sentido de garantia dos direitos sociais concedidos pelo Estado.

Após, o Estado Democrático de Direito surge para, compilando os postulados liberais e sociais, agregar a democracia como modo de transformação material da realidade. Com ele advêm os direitos de caráter difuso, os quais reclamam proteção penal pela própria Constituição Federal. Percebe-se, assim, uma passagem da concepção formal para material de Estado, o que fez com nos deparássemos com a problemática de até que ponto deverão ser mantidos os postulados de intervenção penal mínima.

Essa situação faz com que possamos perceber que a evolução estatal se constituiu em uma das razões pela qual o Direito Penal vive uma situação de inegável expansão. No entanto, também resta clara a impossibilidade de admitirmos uma expansão desmedida, a qual pode acarretar efeitos meramente simbólicos às leis penais¹³. Em tempos de Sociedade do Risco, sensação de insegurança e pressão da mídia pelo endurecimento do Direito

¹³ O Direito Penal simbólico é fenômeno presente na atualidade. Resumidamente, pode-se dizer que ele se constitui na criação legislativa intuída de agrado ao público eleitoreiro. Ou seja, na percepção de que a população (amedrontada por uma sensação de insegurança) tem vindo a exigir o endurecimento do Direito Penal, o legislador tem criado leis apenas para se mostrar eficaz a esse público e, com isso, angariar votos.

Penal, torna-se evidente a necessidade do encontro do ponto de equilíbrio, a fim de que não se justifiquem abusos em nome de uma necessidade de expansão de possibilidades punitivas. Eis o desafio.

Devemos estar atentos para que, a partir dessas premissas, o Direito Penal não deixe de ser um instrumento de reação frente às lesões graves a reais direitos dos cidadãos para se transformar no instrumento de uma política de segurança. Com isso se pode perder sua posição no conjunto do ordenamento jurídico e se aproximar das funções do Direito Civil ou Administrativo.

Nesse contexto, não se busca, aqui, demonstrar soluções (ou mesmo esboçar alternativas), mas sim apontar o problema para que se possa, a partir de questionamentos, encontrar caminhos para se solucionar uma situação, ao menos à primeira vista, contraditória.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Coord. Carlos Maria Romeo Casabona. Granada: Editorial Comares, 2000.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Globo, 1996.

BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal*. Introdução e Princípios Fundamentais. Coleção Ciências Criminais. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

COPETTI, André Leonardo Santos. Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado Democrático de Direito nos países de modernidade tardia. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v.1, n.1, 2003.

_____. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Constituição, Direito Penal e Redes Sancionatórias: uma perspectiva de projeção do sistema normativo criminal ao Estado Democrático de Direito. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Anuário 2005. n.2. André Copetti, Lenio Luiz Streck e Leonel Severo Rocha. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales*. Apuntes de historia de las constituciones. Presentación de Clara Álvarez Alonso. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GOMES, Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice. *O Direito Penal na Era da Globalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999.

MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. El papel del Derecho penal en la segunda modernidad. In: *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. Madrid: Colex, 2006.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. *Política Criminal*. Madrid: Editorial Colex, 2001.

ROXIN. Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SBARDELLOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: Perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André. O direito penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição? In: *Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado*. Anuário 2002. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente e compromissária? In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. Estados, elites e construção do Direito nacional. In: *Historia do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Síntese de uma História das Ideias Jurídicas da Antiguidade Clássica à Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales: su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Grascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999.