

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Juliana Souza Macedo

**DIREITO PENAL ECONÔMICO: a legitimidade da expansão do Direito penal em
face do princípio da intervenção mínima**

Belo Horizonte
2013

Juliana Souza Macedo

DIREITO PENAL ECONÔMICO: a legitimidade da expansão do Direito penal em face do princípio da intervenção mínima

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky

Belo Horizonte
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M141d Macedo, Juliana Souza
Direito penal econômico: a legitimidade da expansão do Direito penal em face do princípio da intervenção mínima / Juliana Souza Macedo. Belo Horizonte, 2013.
116 f.

Orientador: Yarochevsky, Leonardo Isaac
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito penal econômico. 2. Direito econômico. 3. Intervenção (Processo civil). I. Yarochevsky, Leonardo Isaac. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Juliana Souza Macedo

DIREITO PENAL ECONÔMICO: a legitimidade da expansão do Direito penal em face do princípio da intervenção mínima

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Penal.

Prof. Doutor Leonardo Isaac Yarochevsky (Orientador) – PUC Minas

Prof. Doutor Guilherme José Ferreira da Silva – PUC Minas

Prof. Doutor Vincenzo Demétrio Florenzano – PUC Minas

Belo Horizonte, 17 de junho de 2013.

*Aos meus filhos, Gustavo e Rafael,
com todo o meu amor.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu DEUS, por tornar os sonhos possíveis.

Ao Prof. Leonardo Isaac Yarochevsky, pela preciosa orientação neste trabalho, bem como pelo constante apoio e incentivo, mas, acima de tudo, pela inestimável amizade.

Ao Prof. Hermes Vilchez Guerrero, a quem devo o gosto pelo Direito penal.

Ao Prof. Álvaro Ricardo Souza Cruz, pelas aulas que me iniciaram no curso de Mestrado.

Ao Prof. Leandro Novais e Silva, pelo auxílio e incentivo à pesquisa acadêmica.

Ao Prof. Vincenzo Demétrio Florenzano, pelo apoio e pelas pertinentes sugestões.

À minha mãe, amiga de todas as horas.

Ao Banco Central do Brasil, em especial à Procuradoria Geral, em razão de sua destacada política institucional de aprimoramento intelectual de seus funcionários.

O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: pré-modernidade (ou Estado Liberal), a modernidade (ou Estado Social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega a pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa. (BARROSO, 2000)

RESUMO

A tarefa do Direito penal consiste na proteção dos valores indispensáveis à subsistência da sociedade. Constatada a ampliação das necessidades sociais, em razão das transformações socioeconômicas, impõe-se, conseqüentemente, o alargamento do conteúdo do Direito penal, relativo aos valores a serem tutelados. Nessa perspectiva, o Direito penal contemporâneo expande suas áreas já contempladas de atuação, passando a tutelar, também, os bens jurídicos supraindividuais. De notar-se que o Direito penal econômico configura-se como uma das mais destacadas manifestações dessa tendência expansionista do Direito penal, uma vez que tem como objeto de tutela a ordem econômica, autêntico bem jurídico de natureza supraindividual. Ocorre que referida expansão do sistema punitivo encontra resistência de parte expressiva da doutrina, em especial a Escola de Frankfurt, que defende a restrição da intervenção penal nos limites da tutela de bens jurídicos individuais. Tal movimento de resistência tem como argumento principal a alegação de que a expansão do Direito penal importaria a relativização de muitos dos princípios penais garantistas, notadamente o princípio da intervenção mínima. Dessa forma, neste trabalho se propõe analisar a legitimidade do Direito penal econômico em face do princípio da intervenção mínima.

Palavras-chave: Direito penal econômico. Ordem econômica. Bens supraindividuais. Escola de Frankfurt. Princípio da intervenção mínima.

ABSTRACT

Criminal law aims at protecting the values that are indispensable to society's subsistence. Alongside an enlargement in social needs deriving from socioeconomic transformations comes a need to enlarge the set of values to be protected by criminal law. From this perspective, contemporary criminal law expands its established areas of enforcement to the protection of supra-individual legal interests. Economic criminal law seems to be one of the most remarkable manifestations of this expansion tendency in criminal law, as it protects the economic order, which is an authentic supra-individual legal interest. However, such an enlargement of the state's punitive system is not well accepted by a substantial part of the doctrine -- especially the Frankfurt School --, which maintains that criminal law should be limited to the protection of individual legal interests. Such a resistance movement argues that to expand the legal law would mean to relativize many of the legal principles of civil liberties, notably the principle of minimal intervention. Against this background, this study aims at analyzing the legitimacy of economic criminal law in the face of the principle of minimal intervention.

Keywords: Economic criminal law. Economic order. Supra-individual interests. Frankfurt School. Principle of minimal intervention.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DIREITO ECONÔMICO.....	13
2.1 Origem histórica.....	13
2.1.1 Estado liberal.....	14
2.1.2 Estado intervencionista.....	18
2.2 Conceito.....	21
3 DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	26
3.1 Fundamentos e conceito.....	26
3.2 Objeto: ordem econômica.....	30
3.2.1 Análise evolutiva do bem jurídico.....	30
3.2.2 Teorias sociológicas.....	35
3.2.3 Teorias constitucionais.....	38
3.2.3.1 Teorias constitucionais gerais.....	38
3.2.3.1.1 Princípios constitucionais penais.....	39
3.2.3.1.2 O Direito penal no contexto do Estado de direito democrático e social.....	40
3.2.3.1.3 Estado democrático de direito e princípios decorrentes.....	41
3.2.3.1.4 Influência dos princípios decorrentes do modelo de Estado democrático de direito sobre o poder punitivo estatal.....	46
3.2.3.2 Teorias constitucionais estritas.....	51
3.2.4 Conceito de bem jurídico.....	53
3.2.5 A ordem econômica como bem jurídico tutelado pelo Direito penal econômico.....	57
4 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....	65
4.1 Sociedade de risco.....	67
4.1.1 O Direito penal como fonte de gerenciamento de riscos.....	71
4.1.1.1 Bens jurídicos supraindividuais.....	73
4.2 Críticas à expansão do Direito Penal.....	75
4.2.1 Escola de Frankfurt.....	76
4.2.2 Silva Sanches e o Direito penal de duas velocidades.....	77
5 LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO EM FACE DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	80
5.1 Princípio da intervenção mínima.....	81
5.2 Princípio da exclusiva proteção do bem jurídico.....	82
5.3 Capacidade ou dignidade penal da ordem econômica.....	84
5.4 Importância da ordem econômica em face do modelo social e democrático de direito.....	87
5.5 Necessidade de tutela da ordem econômica.....	90
5.6 Conclusão acerca da legitimidade do Direito penal econômico em face do princípio da intervenção mínima.....	96

5.6.1 Os princípios penais garantistas sob uma nova ótica interpretativa.....	98
5.6.2 Necessidade de revisão das estruturas dogmáticas clássicas.....	101
6 CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS.....	106

1 INTRODUÇÃO

O atual estágio de desenvolvimento social e econômico tem levado o Direito penal a uma reconstrução na ordenação dos bens jurídicos por ele tutelados. Acostumado a proteger bens jurídicos individuais, o Direito penal acabou por expandir suas áreas já contempladas de atuação, passando a tutelar, também, os bens jurídicos supraindividuais, dentre os quais se destaca a ordem econômica. Essa é a tendência claramente dominante da legislação penal da atualidade: a ampliação dos campos de proteção a bens jurídicos de titularidade coletiva ou difusa.

Esse movimento expansionista do Direito penal atual decorre, em parte, do modelo específico de organização político-jurídica adotada pela maioria dos países ocidentais, qual seja, o Estado democrático e social de direito. O surgir de uma concepção social de Estado gerou importantes transformações na função e no conteúdo do Direito penal. Além da tradicional função protetiva de bens jurídicos, o Direito penal passa a atuar no sentido de concorrer à realização dos objetivos de promoção social previstos na Constituição Federal. Para tanto, assimilando o sistema axiológico pelo qual se regem as novas Constituições, passa a tutelar, ao lado dos valores tradicionais, novos valores, de natureza supraindividual, como a ordem econômica.

Ademais, referido efeito expansionista, experimentado na atualidade pelo Direito penal, deve também ser atribuído à consolidação da sociedade de risco. A verdade é que a produção de riqueza, bem como a manutenção do atual modelo econômico, apresenta, como consequência inevitável, a produção social de riscos artificiais, ou seja, de riscos produzidos pela atividade do homem. Esses riscos emergem na condição de efeitos colaterais de processos científicos e industriais, resultado do intenso desenvolvimento técnico-econômico da sociedade moderna. Nesse contexto, o Direito penal tem se destacado como importante instrumento de controle de risco, ampliando os campos de proteção a bens jurídicos de titularidade coletiva ou difusa.

A expansão do sistema punitivo dos bens individuais para os bens coletivos e difusos é objeto de atual e amplo debate na doutrina penal nacional e estrangeira. Parte significativa da doutrina defende a necessidade de modernização do Direito

penal, o qual, no atual estágio de desenvolvimento social, não pode ficar preso à tutela dos valores tradicionais, como aqueles da propriedade e da liberdade, mas deve proteger novos valores, como a ordem econômica. Entretanto, tal concepção encontra resistência de outra parte expressiva da doutrina, em especial da Escola de Frankfurt, que defende a restrição da intervenção penal nos limites da tutela de bens jurídicos individuais. Tal movimento de resistência tem como argumento principal a alegação de que a expansão do Direito penal importaria a relativização de muitos dos princípios penais garantistas, notadamente o princípio da intervenção mínima.

O Direito penal econômico, objeto particular deste trabalho, corresponde a uma das mais destacadas manifestações da expansão do Direito penal. Referido ramo jurídico, ao tutelar a ordem econômica, autêntico bem jurídico supraindividual, coloca-se como alvo dos questionamentos relativos à legitimidade da tutela penal de bens universais em face dos princípios penais garantistas.

Neste trabalho, propõe-se examinar a legitimidade do Direito penal econômico em um nível específico de análise, ou seja, em face de um dos princípios penais garantistas – o princípio da intervenção mínima.

O trabalho inicia-se com uma breve síntese da origem e do conceito do Direito econômico. O Direito penal econômico é subsidiado por conceitos retirados daquele ramo do Direito. Assim, a necessária delimitação do conceito e do objeto do Direito penal econômico passa obrigatoriamente por uma análise dos fundamentos do Direito econômico.

No Capítulo 3, investiga-se o que se entende doutrinariamente por Direito penal econômico. A seguir, procede-se a um exame minucioso do significado do conceito “ordem econômica”, objeto de tutela do referido ramo jurídico. Preliminarmente, porém, para melhor compreensão do referido conceito, faz-se uma digressão sobre a noção e a evolução do bem jurídico, tomado de forma genérica, dando ênfase às principais correntes de pensamento sobre o bem jurídico da atualidade, quais sejam, as teorias constitucionais, que serão utilizadas como substrato para o desenvolvimento deste trabalho.

No Capítulo 4, analisa-se o atual movimento de expansão do Direito penal, caracterizado pelo considerável aumento da tipificação de condutas lesivas a interesses supraindividuais, dentre os quais se destaca a ordem econômica. Nesta oportunidade, investiga-se a sociedade de risco, que se apresenta como uma das

causas da referida tendência expansionista do Direito penal. São analisados, ainda, os bens jurídicos supraindividuais. Encerra-se o capítulo indicando as críticas que se fazem contra a criminalização difusa.

Por fim, no Capítulo 5, faz-se uma reflexão conclusiva com o objetivo de firmar posicionamento pela legitimidade ou não do Direito penal econômico diante do princípio da intervenção mínima.

Na conclusão, são sintetizadas objetivamente as ideias desenvolvidas nos capítulos precedentes.

2 DIREITO ECONÔMICO

A necessária delimitação do conceito e do objeto do Direito penal econômico passa, obrigatoriamente, por uma análise dos fundamentos do Direito econômico. Assim, inicia-se este trabalho com uma breve síntese da origem e do conceito do Direito econômico.

2.1 Origem histórica

Seguindo a linha adotada por Fonseca (2004), toma-se o período moderno, que vai do século XV ao XVIII, como termo inicial das indagações sobre a atuação do Estado no âmbito da relação direito-economia. A escolha desse termo inicial se justifica porque é nesse período que se formaram os Estados modernos e começaram a se delinear as diversas formas de atuação do Estado no que diz respeito à condução das políticas econômicas.

Esse período que marcou o surgimento dos Estados modernos é caracterizado pelo absolutismo na esfera política e pelo mercantilismo no campo econômico. De acordo com a doutrina mercantilista, a riqueza de uma nação reside na acumulação de metais preciosos, que seriam adquiridos, fundamentalmente, por meio do superávit das exportações.

Para estabelecer uma balança comercial favorável, era necessário que o Estado interviesse intensamente na vida econômica. Essa intervenção ocorreu por diversos meios: definição de tarifas alfandegárias, incentivo à produção de bens necessários para o mercado interno e de gêneros que pudessem ser vendidos no exterior a preços competitivos, concessão de monopólios, controle sobre preços e sobre a quantidade de mercadorias no comércio internacional etc.

O Estado mercantilista acabou cooperando para o fortalecimento econômico da burguesia entre os séculos XIV-XVI¹. Contudo, a partir do século XVII, a estrutura

¹ "A partir do século XV, os nascentes burgueses precisavam de reis que unificassem pesos, medidas, moedas e garantissem alguma segurança para seus negócios." (FREITAS NETO; TASINAFO, 2006, p. 207). "A classe ascendente, para se desenvolver, abriga-se sob a autoridade real contra a nobreza; ela utiliza as ideias mercantilistas para a promoção de seus interesses [...]." (AGUILAR, 2009, p. 48).

absolutista e mercantilista não interessava mais aos burgueses, uma vez que tal regime reprimia-lhes as iniciativas e impunha-lhes limites para o desenvolvimento e o progresso das atividades comerciais².

2.1.1 Estado liberal

À medida que se fortalecia, a burguesia passou a criticar o Antigo Regime³ e a desenvolver sua própria ideologia, que se fundava na liberdade, no individualismo e na igualdade perante a lei.

Os valores burgueses se manifestaram na esfera econômica por meio da escola do liberalismo econômico, que se opunha radicalmente à intervenção do Estado na economia. Contrária às teorias mercantilistas, defendia que os obstáculos impostos à produção e à circulação de mercadorias deveriam ser eliminados.

O principal economista representante da escola liberal foi Adam Smith (1723-1790), autor da célebre obra *Ensaio sobre a riqueza das nações*, na qual defende que a economia deve ser dirigida pela livre concorrência. (SMITH, 1981)

Smith afirma que a concorrência é apta a regular o mercado por meio da competição entre os agentes econômicos, atendendo ao interesse público (preços justos e qualidade dos produtos) sem a necessidade da intervenção do Estado.

Paula Forgioni assevera:

É de se notar – correndo o risco de ressaltar o óbvio – que a Riqueza das nações não contém ideias sobre a concorrência que fossem inteiramente novas em 1776, mas constitui a sedimentação de um movimento que se alinhava e que buscava a libertação do agente econômico: a liberdade de comércio e de indústria consagrava o princípio da não-intervenção do Estado no funcionamento normal do mercado, propiciando a implantação da ordem econômica almejada pela burguesia. (FORGIONI, 2005, p. 58)

² Assinala Maria Luiza Schäfer Streck: “[...] a burguesia abriu mão do seu poder político para preservar o poder econômico quando do surgimento do Estado moderno – absolutista. Agora (Revolução de 1789) era a vez de retomar o que havia delegado.” (STRECK 2009, p. 20).

³ De acordo com José Alves de Freitas Neto e Célio Ricardo Tasinafo, “o Antigo Regime, alicerçado no absolutismo e no mercantilismo, começou a sofrer contestações em diferentes campos já no século XVII. Na política, elas se deram a partir das revoluções inglesas ocorridas ente 1640 e 1688 e que puseram fim às principais práticas do absolutismo naquele país. No século XVIII, ocorreram mudanças importantes com a adoção de novas formas de produção econômica que ficaram conhecidas como Revolução Industrial, e também no campo intelectual, com a difusão do conjunto de ideias chamadas iluministas.” (FREITAS NETO; TASINAFO, 2006, p. 333)

De acordo com o modelo econômico concebido por Adam Smith, o mercado seria atomizado, isto é, composto apenas por pequenas empresas produtoras de bens e serviços. Em razão disso, o mercado seria autorregulável, ou seja, pela sua própria dinâmica, seria capaz de equilibrar a oferta e a procura, evitando, assim, crises econômicas decorrentes de escassez ou de excesso de oferta de determinado bem econômico.

A razão do poder autorregulador do mercado estaria no fato de que, por serem todas as empresas de reduzido porte, nenhuma das que o compunham possuiria, isoladamente, poder econômico para influir na quantidade e no preço dos bens a produzir.

Como resultado da afirmação da doutrina liberal burguesa, estabeleceu-se, a partir do século XIX, no mundo ocidental, um novo modelo de Estado – o Estado liberal –, tanto na esfera política quanto na econômica⁴.

Segundo João Leopoldino da Fonseca,

a teoria mercantilista é suplantada pela ideia do liberalismo econômico, que se assenta nos princípios do liberalismo filosófico e político trazidos principalmente pelas doutrinas jusnaturalistas do século XVII, em que se exaltam os princípios da liberdade, de valorização do indivíduo, de revolta contra os privilégios e contra o poder absoluto dos reis. O liberalismo pode assumir variadas formas, mas o que se sucedeu ao mercantilismo caracterizou-se pela defesa do princípio segundo o qual o desenvolvimento econômico deveria fazer-se em conformidade com as leis naturais do mercado, sem os grilhões anteriormente postos pelo Estado. (FONSECA, 2004, p. 254)

O novo modelo econômico alicerçava-se no princípio da livre iniciativa, no predomínio da autonomia da vontade privada na esfera econômica, na liberdade dos contratos, na proteção da propriedade privada e, sobretudo, na livre concorrência.

A ordem econômica era tida como um espaço que não admitia a intervenção do poder público. O Estado posicionava-se de forma absentéista, garantindo, tão somente, as condições indispensáveis para que a liberdade econômica individual pudesse exercer-se plenamente. A relação econômica é, pois, uma relação entre

⁴ O modelo econômico liberal emerge, historicamente, no período de morte do Estado absolutista e de surgimento do Estado de Direito. Na lição de Jorge Miranda, "o Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado liberal, assente na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhada em limitar o poder político tanto internamente, pela sua divisão, como externamente, pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade." (MIRANDA, 2009, p. 36).

sujeitos individuais livres. O *locus* privilegiado para a manifestação da liberdade individual na esfera econômica é o mercado⁵.

O Estado liberal teria como função a garantia da defesa externa e da segurança interna, bem como a instituição da ordem jurídica como condição para a coexistência da liberdade dos cidadãos. No dizer de Nusdeo (1995, p. 8), “o fim básico do Estado era o de garantir a liberdade dos indivíduos, em suas diversas facetas (econômica, política, religiosa, cultural e artística)”.

Nesse sentido, é esclarecedora a explanação de Luís S. Cabral de Moncada, a respeito de qual seria o fim do Estado para a concepção liberal:

A tarefa do Estado não consiste, portanto em prescrever fins para cada cidadão, mas actuar de modo a que cada cidadão possa alcançar livremente os seus próprios fins individuais; o Estado deve garantir para cada indivíduo uma esfera de liberdade de maneira que, dentro dela, cada um possa, segundo as suas capacidades e talento, prosseguir os fins que lhe aprouverem. [...]

Esta concepção do Estado foi considerada pela doutrina como negativa porque a sua característica é a de não ter fins próprios e a sua tarefa essencial não é a de fazer algo para a felicidade de seus súbditos, mas simplesmente impedir que um cidadão não possa alcançar a sua própria felicidade e bem estar, segundo a sua maneira de ver; não se trata de promover o bem estar geral mas de remover os obstáculos que se colocam a que cada um alcance o seu estar individual através das suas próprias capacidades e meios. Tem sido a propósito utilizada a metáfora do Estado-protector para pôr em destaque que a sua tarefa não é dirigir os súbditos para um determinado fim, mas só impedir que eles, na busca dos seus próprios fins, entrem em conflito. (MONCADA, 1988, p. 21)

O desenrolar dos fatos tratou de revelar as imperfeições do modelo liberal, bem como a necessidade de intervenção e regulação do Estado na esfera econômica.

Já a partir do final do século XIX, verificou-se o crescimento da estrutura das empresas componentes do mercado. As unidades produtoras se uniram, formando grupos de expressivo porte, assumindo destacada posição no mercado. De uma concepção atomística passou-se à tendência para a concentração⁶.

⁵ De acordo com Luís S. Cabral de Moncada, “do ponto de vista do pensamento liberal, o mercado é uma barreira ao Estado, uma zona livre da sua intervenção e, portanto, um critério visível da liberdade individual.” (MONCADA, 1988, p. 18)

⁶ “O fenômeno geral verificado nos Estados Unidos foi uma típica concentração, com a diminuição do número de empresas e convergência do poder em mãos de poucos agentes econômicos, liderados pelos trustes.” (FORGIONI, 2005, p. 76).

A concentração econômica fez surgir o poder econômico privado, que, de um lado, procurou dominar os mercados, eliminando as empresas economicamente mais fracas, e, de outro, gerou uma situação de violenta exploração dos trabalhadores.

Os detentores do poder econômico, buscando sempre a maximização dos lucros, passaram a influir tanto na formulação do preço quanto na quantidade dos bens a produzir, fraudando, assim, os mecanismos de autorregulação econômica pelo mercado e frustrando a livre concorrência. Demais disso, a concentração de poder pelas empresas passou a impor pesados ônus aos trabalhadores.

A esse respeito, diz Paula Forgioni:

As concentrações e os monopólios causavam distúrbios sociais não indiferentes. Basta pensar, em um primeiro momento, na prática dos chamados preços de monopólio, que propiciam alto lucro para o produtor ou comerciante, pagos pela população (ou consumidores, como prefere a moderna terminologia). De outra parte, os monopólios, ou as grandes concentrações de poder econômico, acabam por sujeitar a classe operária a condições desfavoráveis de trabalho. (FORGIONI, 2005, p. 65)

Com o fenômeno da concentração, surgiu a necessidade de o Estado intervir no setor econômico, visando manter o livre mercado e a liberdade de atuação dos agentes econômicos, preservando, assim, o sistema liberal. Foram, então, promulgadas leis⁷ que disciplinavam a concorrência entre os agentes econômicos.

João Bosco Leopoldino da Fonseca, a respeito do tema, afirma:

Estava aberto o caminho para um novo contexto das relações econômicas no âmbito do mercado. Se continua o liberalismo, como de fato se quis, aceita-se, a partir de então, o ingresso naquelas relações de um terceiro personagem, o Estado. É preciso, contudo assinalar que a relação que se estabelece entre o Estado e a empresa não se limita a influir nos interesses desta, mas transcende-os para defender primordialmente o interesse da coletividade. (FONSECA, 2004, p. 260)

Cabe ressaltar, porém, que, nesse momento, a regulamentação tinha como objetivo somente à correção do sistema. Mantinha-se a livre concorrência e o livre mercado, ou seja, mantinha-se o liberalismo econômico.

⁷ Foram promulgadas as primeiras leis antitrustes: Competition Act (1889), no Canadá; Sherman Act (1890) e Clayton Act (1914), ambas nos Estados Unidos.

Esclarece Paula Forgioni:

Não se fala, ainda, de condução da economia pelo governo, mediante a implementação de determinados programas. A respeito, Modesto Carvalhosa: 'As medidas eram puramente episódicas, supletivas, casuísticas e empíricas, dentro de uma conotação eminentemente pragmática. O Estado não possuía um projeto para conduzir a economia privada através de determinados programas. A liderança do Estado, através da implantação do dirigismo seria fruto de outros fatores históricos, surgidos a partir de 1914, os quais ensejaram os primeiros elementos para a formulação do Direito Econômico'. (FORGIONI, 2005, p. 72)

2.1.2 Estado Intervencionista

Num primeiro momento, a intervenção estatal limitou-se a corrigir as eventuais falhas do mercado decorrentes da concentração do poder econômico. Ocorreu que acontecimentos fundamentais como as duas grandes guerras e a quebra da Bolsa de Nova York exigiram que o Estado passasse a intervir na economia, não mais eventualmente, mas, sim, de forma habitual e sistemática, levando à superação da concepção liberal do Estado.

Segundo Fábio Nusdeo,

trata-se, agora, de lograr a obtenção de objetivos de política econômica, bem definidos para o desempenho do mesmo sistema, o que implica, em última análise, impor-lhe distorções, alterá-lo, interferir no seu funcionamento, a fim de fazer com que os resultados produzidos deixem de ser apenas os naturais [...]. (NUSDEO, 1995, p. 25)

Em razão dos efeitos desastrosos decorrentes das duas grandes guerras, o Poder Público foi chamado a reimpulsionar a economia, utilizando instrumentos adaptados à nova realidade. O Estado passou a editar um conjunto de normas destinadas a reger as relações econômicas.

O intervencionismo estatal acentuou-se com a crise de 1929, decorrente da quebra da Bolsa de Nova York⁸. A explicação para a crise parecia estar no mau funcionamento das instituições de mercado, levando à convicção de que o Estado

⁸ "A guerra de 1914 [...] deixava pelo menos, como sequela, a recordação de um intervencionismo vivido. Mas foi sobretudo a crise econômica de 1929 que constitui o grande factor circunstancial do intervencionismo. É a partir de 1930 que se fala de economia dirigida." (LAUBADÉRE, *apud* GOMES, 2004, p. 29).

deveria conduzir o fenômeno econômico formulando e executando políticas econômicas⁹. Incumbiu-se ao Estado a tarefa de não apenas corrigir, mas de controlar e conformar o mercado, com vista à realização de metas estabelecidas em nível político.

A respeito da crise de 1929, Fernando Herren Aguilar destaca:

Com a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929, praticamente todos os países foram afetados durante os anos que se seguiram. O liberalismo econômico recebia seu mais forte golpe. Escorando na ideia de que a liberdade de iniciativa, a mão invisível e as leis de mercado regulariam satisfatoriamente a economia, os países capitalistas ocidentais se viram da noite para o dia com enormes dificuldades para restabelecer a normalidade da produção e do comércio. Fortunas haviam se transformado em pó, grandes empresas foram à falência, investidores perderam tudo o que tinham. [...]

A reação dos governos nacionais não tardou a acontecer. Para combater o estado de calamidade pública, eles foram obrigados a tomar as medidas mais drásticas na economia, protegendo a população mais pobre, subsidiando os desempregados, controlando os fluxos de capital, estabelecendo medidas protecionistas e investindo diretamente como se fossem empresários. [...] Foi o início de uma era de crescente intervencionismo estatal na economia. (AGUILLAR, 2009, p. 50)

Além dos referidos fatores que motivaram a intervenção do Estado na economia, questões sociais passaram a reclamar ações estatais, visando à correção das disfunções decorrentes de um desenvolvimento econômico e social descontrolado¹⁰. Nos dizeres de Luciano Feldens,

o incremento da estratificação socioeconômica nos países industriais e pós-industriais exerceria uma forte pressão sobre o Estado. A sociedade, já então como sociedade de classes, passava a conceber reivindicações contrapostas, oriundas dos diferentes agrupamentos sociais, mostrando-se incapaz de resolver autonomamente os conflitos gerados em seu meio. (FELDENS, 2012, p. 24)

Restou demonstrado que o funcionamento do livre mercado, muitas vezes, gera excessos de concentração de renda e riqueza. O liberalismo não dava nenhuma solução às questões sociais. Com o Estado social, o Poder Público passou a intervir na economia com o objetivo de assegurar a todos um mínimo de

⁹ As teorias do economista inglês John Maynard Keynes (1883-1946) influenciaram o estabelecimento do novo modelo econômico intervencionista.

¹⁰ “As novas relações complexas entre o capital e o trabalho exigiram uma nova formulação das normas jurídicas que não aquelas do direito comum.” (SILVA, 2010, p. 48).

participação nos benefícios trazidos pela atividade produtiva. A intervenção do Estado nesse contexto é conduzida em prol do atendimento das necessidades econômicas básicas da coletividade, tais como trabalho, alimentação, saúde, saneamento básico, meio ambiente e moradia.

Por tudo isso, no início do século XX, o Estado liberal de direito foi sucedido pelo Estado social de direito¹¹, no qual as questões econômicas e sociais se incorporaram aos textos constitucionais¹². No *Welfare State*, o Estado assume a função de promover o bem-estar social, com a implementação de políticas públicas.

Em resumo, com o Estado social, a presença do Poder Público na economia deixou de ter por justificção apenas a tarefa de corrigir ou dirigir o mercado em busca de resultados economicamente mais eficientes do que aqueles alcançados naturalmente pelo mercado. Os objetivos pretendidos pelo Estado não se reduzem ao desenvolvimento e à estabilidade da economia, mas à realização de justiça social.

¹¹ “Ao Estado Social corresponde igualmente um determinado modelo jurídico e uma ideologia. Os traços essenciais do modelo jurídico em causa são: o esbatimento da distinção entre o direito público e o direito privado e a funcionalização crescente da autonomia privada à vontade dos Poderes Públicos bem como o papel positivo da norma jurídica na conformação da vida econômica e social.” (MONCADA, 1988, p. 24). Na jurisprudência do STF: “O Estado Social é, nitidamente, um Estado Intervencionista, que procura, a partir da concretização das liberdades reais ou positivas, realizar a justiça social, prestigiando e fortalecendo, desse modo, os direitos econômicos e sociais reconhecidos em favor das pessoas. Sob a égide do Estado Social – e precisamente em função de suas novas finalidades – surgem as liberdades positivas ou concretas, as quais, projetadas no domínio jurídico, exteriorizam-se nos direitos econômicos e sociais, que constituem realidade importante que emerge do processo de transformação do próprio Estado.” (BRASIL, 1992)

¹² “As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) foram uma resposta no plano do direito positivo às novas exigências de um Direito novo, de um novo instrumento, que fosse eficaz e eficiente nas mãos do Estado, para dirigir a nova realidade econômica e social.” (FONSECA, 2004, p. 10). “Todavia, a ordem econômica e social somente ganhou *status* de norma materialmente constitucional com a Constituição alemã de 11.8.1919 (*Weimar*), que foi a primeira a abandonar a concepção formalista e individualista oriunda do liberalismo do século XIX para se ocupar da justiça e do social, estabelecendo que a ‘ordem econômica deve corresponder aos princípios da justiça, tendo por objetivo garantir a todos uma existência conforme a dignidade humana. Só nestes limites fica assegurada a liberdade econômica do indivíduo (art. 151)’.” (FIGUEIREDO, 2006, p. 15). A respeito da mudança de modelo de Estado no Brasil: “Em função disso, nasce a constituição de 1934 que, logo no seu preâmbulo, destaca, como objetivo do regime democrático, o bem estar econômico e social, ao lado da liberdade e da justiça. Essa tendência social acentua-se no seu bojo, não só por via da declaração de direitos e garantias individuais mas, principalmente, com o reconhecimento de novos direitos, como o direito à subsistência e ao trabalho e, principalmente, com os novos títulos consagrados à ordem econômica e social, à família, educação e cultura. É o golpe no Estado Liberal Brasileiro, instalado, com bases teóricas firmes, na Constituição precedente, como Estado de Direito de uma sociedade agrária, patriarcal e oligárquica. Trata-se do grande pulo para o Estado Social, fundado juridicamente no País. A fonte constituinte estava impregnada das teses sindicalistas e corporativas, que medravam na Europa, terminando por minar as bases representativas do Estado Liberal, embora não rompidos os fundamentos liberais da tradição nacional.” (CARVALHO, 1992, p. 19)

De acordo com Luís S. Cabral de Moncada,

pretende-se [...] que do funcionamento do mercado resulte uma situação materialmente adequada para cada um, aceitável segundo critérios da justiça distributiva e que se concretiza na melhoria da situação dos mais desfavorecidos. Daí que o mercado deva ser corrigido pelas instituições políticas, sendo a norma jurídica o instrumento dessa tarefa. (MONCADA 1988, p. 26)

Assim, o intervencionismo estatal passou a ser uma realidade na economia do Estado contemporâneo, o qual não poderia ser realizado sem a edição de normas jurídicas, uma vez que implica a limitação de direitos individuais¹³. O conjunto de normas que disciplinam a atuação estatal na economia e regulamentam a política econômica do Estado constitui o arcabouço do Direito econômico. Daí falar-se que com o Direito econômico inicia-se o processo de juridicização da economia e da política econômica estatal.

A respeito do surgimento do Direito econômico, lecionam Antônio Carlos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques:

O papel que o Estado assume na regulação das economias de mercado, no enquadramento da actividade económica em vários momentos e aspectos do seu exercício e na produção de condições para que ela se torne possível, tem sido apontado entre os principais factores explicativos do desenvolvimento do Direito Económico. Para aquele desenvolvimento contribui também a juridificação de outros valores, de certa maneira extra-económicos, que as ordens jurídicas acolheram, em maior ou menor medida, como os direitos dos trabalhadores, dos consumidores, certos valores sociais, ou a qualidade do ambiente, o que faz que o Direito Económico se apresente hoje, simultaneamente, como depositário de valores económicos e instrumento da organização pública ou privada da economia e como portador de valores jurídicos próprios ou tradutor de valores da esfera pública e social. (SANTOS; GONÇALVES; MARQUES, 1993, p. 4)

2.2 Conceito

O Direito econômico, como visto, nasceu do intervencionismo estatal do século XX no domínio econômico. Surgiu daí um corpo de normas direcionadas a

¹³ Segundo Diógenes Gasparini, “a intervenção do Estado no domínio econômico pode ser conceituado como todo ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa privada em determinada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais.” (GASPARINI, 2001, p. 614)

reger a atuação do Estado na economia. Um direito novo diante de uma nova realidade econômica, possuidor de regras, princípios e objeto próprios.

Não se pretendeu com este trabalho desenvolver uma definição de Direito econômico, razão pela qual serão citadas algumas das definições formuladas na doutrina nacional.

De acordo com Vincenzo Demétrio Florenzano,

o Direito Econômico pode ser pensado como o ramo do Direito que investiga o agrupamento de normas que constituem o ordenamento regulador da atividade econômica, sob o prisma da política econômica, tendo em vista uma ideologia socialmente aprovada. (FLORENZANO, 2004, p. 23)

Para Leopoldino Fonseca, “o Direito Econômico será, assim, constituído por um corpo orgânico de normas condutoras da interação do Poder Econômico Público e do Poder Econômico Privado e destinado a reger a Política Econômica.” (FONSECA, 2004, p. 19)

Washington Peluso Albino de Souza leciona: “Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a juridicização, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe.” (SOUZA, 1999, p. 27)

Na lição de Fábio Konder Comparato, o Direito Econômico consiste no “conjunto de técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica.” (COMPARATO 1978, p. 465)

Com base nos referidos conceitos é possível extrair os seguintes elementos: agrupamento de normas jurídicas, atividade econômica e política econômica.

De fato, o Direito econômico, em sentido amplo, compreende as normas que dispõem sobre a organização econômica do país, as quais possuem sempre um conteúdo econômico. A existência de um conteúdo econômico na norma, porém, não é suficiente para transformá-la em norma de direito econômico, sendo necessário que ela disponha a respeito da intervenção do Estado na economia; esse é o aspecto fundamental e específico do Direito econômico.

Nesse sentido, observa Luís S. Cabral de Moncada:

A identificação do direito econômico com todo o direito relativo à economia afigura-se demasiado extensa e incapaz de exprimir a sua especificidade, reduzindo-o ao ponto de encontro de todas as regras de direito privado e direito público atinentes à actividade económica. (MONCADA, 1988, p. 7)

O autor conclui, conceituando o Direito econômico “como o direito público que tem por objectivo o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida econômica.” (MONCADA, 1988, p. 12)

As principais fontes do Direito econômico são a Constituição Federal¹⁴ e as normas infraconstitucionais, sendo importante ressaltar, nesse aspecto, que nosso ordenamento político atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre Direito econômico, a teor do art. 24, I. (BRASIL, 1988)

No que diz respeito à nossa atual Constituição Federal, as normas de Direito Econômico encontram sua base principal no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, no qual se encontram elencados os fundamentos e princípios que orientam a atuação estatal na economia¹⁵.

Os valores sobre os quais se fundam a Ordem Econômica estão descritos no *caput* do art. 170, quais sejam, valorização do trabalho humano, livre-iniciativa, existência digna e justiça social. No mesmo artigo, nos incisos I a IX, são enunciados os princípios que informam a ordem econômica: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, proteção ao meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, na busca do pleno emprego e favorecimento às empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis nacionais, com sede e administração no Brasil. (BRASIL, 1988)

A livre-iniciativa e a valorização do trabalho encontram-se também previstas no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, como fundamentos do Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 1988)

Outro elemento extraído dos referidos conceitos é a atividade econômica, que abrange toda atividade criadora de riqueza, gerada em razão da produção, circulação, distribuição ou comercialização de bens ou serviços. Para Eros Roberto Grau, “atividade econômica compreende tudo aquilo que possa ser objeto de especulação lucrativa” (GRAU, 1998, p. 138). Na verdade, tal afirmação significa que

¹⁴ O conjunto das normas constitucionais que dispõem sobre as relações econômicas é chamado de Constituição Econômica.

¹⁵ Também fazem parte da Ordem Econômica os preceitos inscritos nos arts. 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202, 218 e 219 da Constituição Federal. (Cf. BRASIL, 1988).

a atividade econômica deve estar atrelada à geração de lucro, ainda que ele efetivamente não possa não ocorrer.

Merece destaque o fato de que, na ordem política vigente, cabe à livre-iniciativa o papel preponderante no exercício da atividade econômica. Nos termos do art. 173 da Constituição Federal de 1988, o Estado só excepcionalmente irá explorar de forma direta a atividade econômica¹⁶. A atuação do Poder Público encontra-se, desta forma, limitada à esfera normativa e reguladora da atividade econômica¹⁷.

De ver-se que a Constituição brasileira de 1988 consagrou a ideia de liberdade de iniciativa e de livre concorrência, traçando um perfil para a ordem econômica de natureza social-liberal ou neoliberal. Com base nesse modelo econômico definido na Constituição, porém, cabe ao Estado intervir, regulando a atividade econômica, com o objetivo de adequar o exercício das referidas liberdades aos valores sociopolíticos conformadores da ordem econômica.

Com relação ao novo papel regulador do Estado no âmbito da atividade econômica, destaque-se o magistério de Leopoldino da Fonseca:

O movimento pela privatização encontra eco em todo o mundo. Desde os países antes tidos como capitalistas, ou neocapitalistas, até os países de corrente socialista, todos defendem a limitação do Estado, a sua contenção no âmbito da atuação como agente normativo e regulador, sem o absentéismo característico do período liberal. (FONSECA, 2004, p. 141)

Por fim, a política econômica, último elemento extraído dos conceitos de Direito econômico, pode ser entendida como o conjunto coordenado de medidas postas em ação pelo Estado, no domínio econômico, com o objetivo de realizar metas predeterminadas, bem como alcançar fins não apenas econômicos, mas também sociais.¹⁸.

¹⁶ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” (BRASIL, 1988).

¹⁷ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (BRASIL, 1988).

¹⁸ “Já no pensamento antigo, estão delineados os elementos fundamentais constitutivos e definitórios da Política: uma comunidade, um fim por ela proposto como um bem a ser alcançado, e um conjunto de ações desenvolvidas para dar homogeneidade aos procedimentos adotados para alcançar aquele fim.” (FONSECA, 2004, p. 21).

Assinala Leopoldino da Fonseca:

A política econômica tem como objetivos fundamentais, nos países desenvolvidos, assegurar o crescimento sustentado da economia, assegurar o pleno emprego dos fatores de produção, particularmente da mão-de-obra, uma relativa estabilidade de preços, e garantir o equilíbrio da balança de pagamentos. Para garantir a consecução desses objetivos, deverá o Estado adotar uma série de medidas de política econômica que podem dizer-se instrumentos para alcançar aqueles objetivos fundamentais [...]. (FONSECA, 2004, p. 283)

A política econômica é materializada por meio das normas de Direito Econômico. Por essa razão, Souza (1999, p. 27) refere-se a esse ramo do Direito como o processo de juridicização da política econômica.

De remate, possível concluir, mediante a interação dos elementos extraídos dos referidos conceitos, que o Direito econômico compreende normas que disciplinam e regulam a atividade econômica com o objetivo de realizar a política econômica do Estado.

3 DIREITO PENAL ECONÔMICO

3.1 Fundamentos e conceitos

Além de o Estado intervir na economia, regulando as relações econômicas por meio de normas de Direito econômico, que têm como finalidade a realização de objetivos social e economicamente desejáveis, passou também a criminalizar as condutas que danificam ou põem em perigo a ordem econômica. Surgiu, então, o Direito penal econômico para recobrir a ordem econômica com sua proteção¹⁹.

O desenvolvimento científico do Direito penal econômico e sua estruturação normativa deram-se juntamente com a consolidação do Direito econômico, o que evidencia a estreita ligação entre esses dois ramos do Direito – econômico e penal econômico. O Direito penal econômico é subsidiado por conceitos retirados do Direito econômico, havendo, dessa forma, necessidade de cotejo da legislação penal com a legislação econômica.

De acordo com Juan Bustos Ramirez,

a teoria sobre o Direito Penal Econômico, por si mesma implica, ademais, uma investigação interdisciplinar, pois de outra maneira é impossível conseguir uma compreensão e determinação de todos os fenômenos em que incide um delito econômico. É o Direito Penal Econômico o que com maior clareza exige a realização programática de Von Liszt de uma ciência penal integrada. (BUSTOS RAMÍREZ, 1991, p. 15)

Não se está com isso, porém, defendendo uma concepção do Direito penal econômico como unicamente acessório do Direito econômico, com conteúdo meramente sancionatório.

¹⁹ Destaca Clara Moura Masiero: “Os delitos econômicos sempre existiram, mas em cada época com contornos diferentes. Assim, desde o Direito romano já havia proteção penal à ordem econômica, como se pode observar na Lex Julia de Annona, editada ao tempo de César, que sancionava com a pena de morte a especulação e a violação de normas sobre importação e comércio de gêneros alimentícios. No entanto, o que se denomina modernamente de ‘Direito penal econômico’ só surgiu a partir das duas grandes guerras, momento em que o Estado se viu obrigado a assumir o papel de responsável pelo curso da vida econômica, em decorrência da destruição e dos danos causados às suas economias. Em 1953 foi realizado o VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, em Roma, reunindo os principais autores de direito penal econômico da época, onde a maior preocupação foi a sistematização das normas de direito penal econômico, sendo essa data apontada pela doutrina como o marco do direito penal econômico científico. Em 1984 houve o segundo Congresso dedicado à matéria, onde, definitivamente, o direito penal econômico surgiu com cientificidade.” (MASIERO, 2010, p. 17)

A esse respeito, importante a ressalva feita por Celso Eduardo Faria Coracini:

Contudo, não se há de afirmar que o direito penal tenha, *in casu*, como missão meramente resguardar os contornos do direito econômico, o que se poderia fazer crer da observação acrítica das origens do direito penal econômico. Resulta mais acertado distinguir as situações. Sob o prisma da esfera econômica, são inegáveis os préstimos do direito penal, em caráter acessório, muito embora na busca de finalidades que lhe são próprias. De outra parte, sob o enfoque da esfera jurídico-penal, é imprescindível preservar as características que legitimam o direito penal a atuar, com toda a carga moral e de infâmia que comporta, a qual nada mais é que um peculiar conteúdo ético, socialmente negativo, e como a mais severa resposta à delinquência econômica, preservando as características de exclusiva proteção dos bens jurídicos legalmente garantidos (descomprometido, pois, com sucessos ou insucessos de políticas econômicas), a fragmentariedade e a subsidiariedade, consentâneas com um Estado de Direito (materialmente) democrático, constitucionalmente delineado. Isso não acontece sem a devida autonomia do direito penal econômico perante o direito econômico, e seu respeito ao direito penal geral. (CORACINI, 2011, p. 420)

Passa-se, então, à conceituação do Direito penal econômico, a possibilitar ulterior enfrentamento da delimitação do bem jurídico por ele protegido.

É corrente na doutrina, tanto nacional como estrangeira, conceituar o Direito penal econômico como o conjunto de normas jurídicas que protegem a ordem econômica²⁰. Nesse sentido, a recomendação do XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal sobre “O conceito e os princípios fundamentais do Direito Penal Econômico e da Empresa”, celebrado na cidade do Cairo em 1984: “A expressão ‘Direito Penal Econômico é empregada aqui para descrever os delitos contra a ordem econômica²¹”. (SALOMÃO, 2011, p. 172)

O mesmo consenso, porém, não se observa com relação à delimitação do bem jurídico protegido pelo Direito penal econômico – a Ordem Econômica. De acordo com Caty Vidales Rodríguez,

Vários são os conceitos de delito econômico que têm sido propostos e abundantes os critérios de delimitação que se têm empregado para

²⁰ Indicam a ordem econômica como o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico, dentre outros, os seguintes autores: Tiedemann (1986, p. 73), Bajo Fernandes (1973, p. 96), Cervini (2011, 232), Aftalion (1966, p. 80), Peña Cabrera (2011, p. 554), Araújo Júnior (1995, p. 36), Fragozo (1982, p. 123), Prado (2011, p. 39), Feldens (202, p. 122).

²¹ *La expresión ‘Derecho Penal Económico’ se emplea aquí para circunscribir los delitos contra el orden económico.* (Tradução livre).

determinar quais as figuras que integrarão esta categoria; contudo, destaca-se a inexistência de um acordo doutrinário a respeito²². (VIDALES RODRÍGUEZ 1998, p. 309)

O conceito de ordem econômica costuma ser expresso de forma estrita e ampla. Na primeira, entende-se por ordem econômica a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia; na segunda, mais abarcante, a ordem econômica é conceituada como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços, é dizer, da atividade econômica.

Assim, é possível conceituar o Direito penal econômico de forma ampla ou restrita, dependendo da concepção que se adote com relação à ordem econômica.

De acordo com Raúl Cervini,

Conceito e bem jurídico no Direito Penal Econômico são temas que se encontram vinculados sob os pontos de vista estrutural e funcional. Também neste caso a postura adotada sobre um incidirá sobre o outro. É possível identificar ou delimitar o direito penal econômico a partir da identificação do bem jurídico que este suposto ramo do direito penal busca tutelar²³. (CERVINI, 2009, p. 5)

De fato, adotando-se a concepção estrita com relação ao bem jurídico tutelado, o Direito penal econômico em sentido estrito é o conjunto de normas que protegem a ordem econômica, assim entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia de um país²⁴.

Compartilhando a concepção restrita de ordem econômica, Miguel Bajo Fernandez, autor espanhol de citação recorrente entre aqueles que escrevem a respeito da matéria, leciona:

Neste teor, pode-se afirmar que o objeto de proteção do direito penal econômico é a ordem econômica, entendida como interesses do Estado na

han sido varios los conceptos de delito económico que se han propuesto y abundantes los criterios de delimitación que se han empleado para determinar qué figuras han de integrar esta categoría; no obstante, destaca la inexistencia de un acuerdo doctrinal al respecto. (Tradução livre)

²³ *concepto y bien jurídico en el Derecho Penal Económico son temas que estructural y funcionalmente se encuentran muy estrechamente vinculados. También en este caso la postura que se adopte sobre uno de ellos incidirá en el otro. Es por lo tanto posible identificar o delimitar al derecho penal económico a partir de la identificación del bien jurídico que ésta supuesta rama del derecho penal busca tutelar.* (Tradução livre)

²⁴ De acordo com Cervini (2009, p. 12), a concepção limitada de ordem econômica foi adotada na “Lei para a simplificação do direito penal econômico no campo da economia”, editada, em 1949, na República Federal da Alemanha. Segundo essa lei, uma infração será delito econômico quando vulnerar o interesse do Estado na permanência e conservação da ordem econômica.

conservação de sua capacidade produtora para o cumprimento de sua tarefa de conservação da ordem legal da economia tanto em seu conjunto como em suas ordenações parciais²⁵. (BAJO FERNANDEZ, 1973, p. 96)

Por outro lado, elegendo uma concepção ampla de ordem econômica, o Direito penal econômico em sentido amplo é o conjunto de normas que tutelam a ordem econômica, entendida como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Proteger-se-ia, nesse caso, o patrimônio individual e, em segundo plano, a regulação da atividade econômica.

Klaus Tiedemann, autor que propôs a distinção entre Direito penal econômico em sentido amplo e em sentido estrito, assumindo uma posição ampla, afirma:

Delitos econômicos em um sentido amplo são aqueles atos proibidos que causam dano especialmente aos interesses privados, mas que o fazem mediante o uso abusivo de instrumentos próprios da vida econômica e afetam também, conseqüentemente, interesses comunitários²⁶. (TIEDEMANN, 1977, p. 156)

Necessário destacar, como bem ressaltado por Raúl Cervini, que prepondera na doutrina atual a adesão ao conceito amplo:

Quando se observa o panorama do Direito Penal Econômico na atualidade, torna-se evidente que prevalece a adesão a uma concepção ampla, consequência de múltiplos fatores, dentre eles: o evidente predomínio da economia de mercado, a decadência do dirigismo estatal, a necessidade pragmática de contar com uma categoria aglutinante das mais variadas agressões sociais²⁷. (CERVINI, 2009, 23)

Para que se possa alcançar uma compreensão mais ampliada do conceito de Direito penal econômico e se posicionar com relação a uma das concepções assinaladas – ampla ou restrita –, necessário se faz examinar minuciosamente o

²⁵ *Puede afirmarse a este tenor que el objeto de protección del Derecho penal económico es el orden económico, entendido como interés del Estado en la conservación de su capacidad productora para el cumplimiento de su tarea de conservación del orden legal de la economía tanto en su conjunto como en sus ordenaciones parciales.* (Tradução livre).

²⁶ *Delitos económicos en un sentido amplio son aquellos actos prohibidos que dañan especialmente intereses privados, pero que lo hacen mediante el uso abusivo de instrumentos propios de la vida económica y afectan también, en consecuencia, intereses comunitarios.* (Tradução livre).

²⁷ *Cuando se observa el panorama Del Derecho Penal Económico en la actualidad, resulta evidente que prevalece la adhesión a una concepción amplia, consecuencia de múltiples factores, entre ellos: el evidente predominio de la economía de mercado, la decadencia del dirigismo estatal, la necesidad pragmática de contar con una categoría aglutinante de las más variadas agresiones sociales.* (Tradução livre).

significado da expressão “ordem econômica”, o que se fará em subitem específico (3.2.5), mas não sem antes analisar o conceito de bem jurídico.

3.2 Objeto: ordem econômica

3.2.1 Análise evolutiva do bem jurídico

O Direito penal, em sua evolução, utilizou fundamentos de natureza diversa para limitar o poder punitivo do Estado.

No início do século XVIII, Feuerbach, buscando elaborar um conceito material de delito, o define como a conduta proibida pela lei penal que viola um direito subjetivo alheio. Dizia ele: “quem ultrapassa as fronteiras da liberdade legal, comete a violação de um direito, uma ofensa (lesão). Quem viola a liberdade garantida pelo contrato estadual e protegida pelas leis penais comete um crime. Em sentido amplo, crime é, assim, a ofensa sancionada por uma lei penal, uma ação que contraria o direito de outrem²⁸”.

A construção feuerbachiana, no sentido de elevar o direito subjetivo à categoria de bem jurídico penal, constituía expressão do pensamento liberal-individualista peculiar àquele momento histórico²⁹, é dizer, o período iluminista. Isso porque, de acordo com o paradigma liberal dominante naquela época, o Estado só deveria intervir para garantir a liberdade dos indivíduos. Essa liberdade era manifestada por meio do livre exercício dos direitos subjetivos individuais. Assim, a violação desses direitos autorizaria a intervenção punitiva do Estado. Demais disso, o individualismo – valor da tradição moderna, associado ao antropocentrismo –, visão do homem como centro do universo, justifica o fato de a tutela penal ter como foco uma realidade subjetiva, nomeadamente, os direitos subjetivos individuais³⁰.

²⁸ *Apud* FIGUEIREDO, 2008, p. 40.

²⁹ “O problema central do liberalismo e da discussão política desse período parece ser assim a necessidade de conciliar as liberdades e os direitos individuais, concebidos como inerentes à própria natureza humana, com as exigências da vida em comunidade e, portanto, com o respeito ao direito do outro, imprescindíveis para o equilíbrio da vida social[...]” (MARCONDES, 2010, p. 202)

³⁰ De acordo com Evandro Pelarin, “[...] o iluminismo elevou a posição do homem, como sujeito de direitos, autonomamente considerado em relação ao Estado criado no contrato social, pois o ‘homem é medida de todas as coisas’, portador de ‘direitos inatos, invioláveis, pré-jurídicos’; direitos estes que

De notar-se que da concepção do crime assentada na violação de direitos subjetivos decorre, conseqüentemente, a proibição de criminalizar condutas que fossem contrárias às normas de natureza meramente religiosa ou moral³¹.

Não obstante Feuerbach ter iniciado o processo de construção do conceito de bem jurídico, sua teoria não oferece critérios capazes de limitar a atuação do Estado no âmbito do processo de criminalização de condutas.

Nesse sentido se põe a observação de Guilherme Gouvêa de Figueiredo:

Menos digno de aplauso é o fato de esses pressupostos à intervenção punitiva, mesmo assumidos como bondosos, não possuírem densidade suficiente para, a partir daí, oferecer limites contra uma ulterior instrumentalização do indivíduo. Noutros termos, apesar de o pensamento penal iluminista procurar impor limites materiais ao direito penal, elegendo a proteção do indivíduo e da sociedade como fim único e legítimo, a busca em atingir essa finalidade acaba por ser perversa quando desmedida e carente de limites mais precisos. (FIGUEIREDO, 2008, p. 42)

Assim, já na primeira metade do século XIX, precisamente em 1834, Birnbaum³² buscou a construção de uma nova concepção de crime, fundada na lesão de um bem jurídico³³. Para esse autor, o objeto de tutela do Direito penal consiste não em um direito subjetivo, mas, sim, em bens materiais³⁴ situados no mundo exterior, pertencentes a um particular ou à coletividade, e que pudessem ser lesionados pela ação delitativa. Gomes (2002, p. 75) destaca que, na concepção do

fundamentam o poder punitivo, já que o Estado está legitimado a intervir precisamente quando os direitos subjetivos são lesados.” (PELARIN, 2002, p. 42)

³¹ “Em eras pretéritas, o ilícito penal aparece contemplado em uma dimensão eminentemente teológica ou privada. Assim, ‘na união social pré-histórica, que se funda na comunidade de sangue e ainda não distingue o mandamento de Deus do estatuto dos homens, o *crimen* é um atentado contra a divindade e a pena a eliminação ou expulsão (*Ausstossung*) dos agressores à associação cultural, se bem que como sacrifício à divindade, no primeiro momento’. O delito é antes de tudo e sobretudo um pecado – desobediência à vontade divina. A confusão delito-pecado e a conseqüente ‘eticização’ do delito serão, pois, as características mais significativas desse período”. (PRADO, 2011, p. 22)

³² Comumente se atribui a esse autor a paternidade do conceito de bem jurídico.

³³ A respeito da concepção de Birnbaum, destaca Guilherme Gouvêa de Figueiredo: “A obra de Birnbaum, ao contrário, porque vinda a lume em um período de confluência entre múltiplas escolas do pensamento firmadas até a primeira metade do século XIX, apresenta a ambivalência e ‘equivocidade que constitui a marca de todo o pensamento situado em períodos de viragem: do mesmo passo que antecipam e anunciam o advento de realidade nova, apresentam ainda os estigmas do ambiente em que vêm à luz do dia’. Assim, se é a partir desse Autor que o direito penal recebe a influência do positivismo ou do historicismo, não deixa, paradoxalmente, de refletir ainda influências patentes do Iluminismo e do jusracionalismo ou do hegelianismo.” (FIGUEIREDO, 2008, p. 45)

³⁴ De acordo com Luiz Flávio Gomes, “[...] Birnbaum não falou diretamente em ‘bem jurídico’ (*Rechtsgut*), mas indiscutivelmente foi o primeiro autor a introduzir no Direito Penal a ideia de ‘bem’ (um bem material) como objeto de tutela, em contraposição com a doutrina do Iluminismo, que via na danosidade social e na violação de direitos subjetivos (*Rechtsverletzung*) os fundamentos da punição estatal.” (GOMES, 2002, p. 75).

autor, os direitos subjetivos não podem ser lesionados nem postos em perigo. Exclusivamente o bem, em sua realidade existencial, pode sê-lo.

De acordo com o célebre penalista Hans Heinrich Jescheck,

Birnbaum, que iniciou a teoria do bem jurídico, não via, por outro lado, direito algum no bem jurídico, somente um bem material assegurado pelo poder do Estado que, suscetível de corresponder tanto ao particular quanto à coletividade, considerado vulnerável em sentido naturalístico³⁵. (JESCHECK, 1978, p. 350)

Com a adoção dessa concepção empírico-naturalista, é dizer, da proteção de bens materialmente situados na realidade fática e no contexto social, superou-se a postura meramente individualista da teoria da lesão do direito subjetivo, ampliando o âmbito de proteção do Direito penal para nele incluir os bens jurídicos de caráter coletivo.

Ocorre que, como bem ressalta Evandro Pelarin, a construção teórica de Birnbaum “foi insuficiente ao desiderato da limitação do poder punitivo, pois eram extremamente opacas as linhas do bem jurídico” (PELARIN, 2002, p. 83); ou seja, os contornos do conceito de bem jurídico não foram devidamente delineados, não existindo ainda uma noção razoável do que se deveria entender por bem jurídico.

Uma nova etapa na tarefa de identificar o objeto de tutela do Direito penal teve início com Binding. Influenciado pelo pensamento positivista da época³⁶, o autor entendia que os bens jurídicos, objeto de tutela do Direito penal, não têm existência pré-jurídica, sendo criados exclusivamente pelas leis.

Nas palavras do próprio Binding, citado por Guilherme Gouvêa de Figueiredo,

é bem jurídico tudo aquilo o que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã na comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse e em cuja salvaguarda perante toda a lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através de normas. (BINDING, *apud* FIGUEIREDO, 2008, p. 48)

³⁵ *Birnbaum, que inició la teoría del bien jurídico, no veía, en cambio, en el bien jurídico derecho alguno, sino un bien material asegurado por el poder del Estado, que, susceptible de corresponder tanto al particular como a la colectividad, se ideó como vulnerable en sentido naturalístico.* (Tradução livre).

³⁶ “O positivismo, [...] a corrente do pensamento que pretende interpretar o mundo unicamente com base na experiência’, passou a ser a base ideológica da construção da noção de bem jurídico-penal, no bojo do cientificismo do século XIX, pois se buscava a explicação dos fatos numa relação de causa e efeito, inclusive no campo do direito [...] .” (PELARIN, 2002, p. 51)

De acordo com a nova concepção positivista a respeito do bem jurídico, a fonte de legitimação do Direito penal encontra-se no âmbito puramente normativo. No contexto do Estado de direito formal, a legitimidade do Direito e do poder punitivo estatal decorre estritamente da legalidade formal, independentemente da sujeição a outros limites de caráter material. Nos dizeres de Luiz Regis Prado, “o que realmente importa é a resolução legislativa de proteger juridicamente um bem” (PRADO, 2011a, p. 33). Dessa forma, ao conferir ao delito um conceito meramente formal, o autor abandona qualquer intenção no sentido de limitar o poder punitivo do legislador, que não teria qualquer outra limitação além daquela decorrente da lógica e de sua própria valoração.

De acordo com Yuri Carneiro Coelho,

nesta formulação de Binding, percebe-se a falta de uma limitação material ao poder estatal no âmbito do processo de criminalização. Não existiam parâmetros limitativos indicados por Binding, em sua teoria, que viessem a orientar a atitude do legislador no âmbito da tutela penal, sendo o poder do mesmo ilimitado neste sentido, pois, admitir-se a existência de limites apenas com fundamentos nas próprias considerações valorativo-objetivas do legislador e por suas exigências lógicas, configura-se um argumento inaceitável, frágil, estando o legislador, segundo a concepção do próprio autor, livre para eleger qualquer um bem jurídico como digno de proteção penal. (COELHO, 2003, p. 43)

Acentua ainda Binding, citado por FIGUEIREDO (2008), que a proteção dos bens jurídicos só se justifica em função da sociedade, ou seja, o legislador só deveria proteger como bem jurídico aquilo que se revelasse necessário à coletividade. Por essa razão, conclui o autor no sentido da desnecessidade da distinção entre bens jurídicos individuais e coletivos, sendo que todos eles assumiriam um valor social e sua lesão transcenderia a esfera jurídica dos indivíduos.

O processo evolutivo do conceito de bem jurídico continuou com von Liszt (1927), ao afirmar que os bens se tornam juridicamente protegidos não apenas pela vontade do legislador, mas, sim, em razão de constituírem os mesmos interesses

vitais do indivíduo ou da coletividade³⁷. Por essa razão, afirma o autor que bem jurídico é o interesse juridicamente protegido:

Todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse, mas só a proteção jurídica eleva o interesse vital a bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses vitais muito antes de estar garantidos pela Constituição contra a intervenção arbitrária do poder estatal, ou por leis penais, contra as violações individuais. A necessidade faz originar a proteção e, variando os interesses, varia também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero³⁸. (LISZT, 1927, p. 2)

Impõe-se reconhecer que a concepção de Liszt lançou os fundamentos para a construção da noção atual de bem jurídico-penal. Decorre da definição de bem jurídico formulada pelo autor um conceito material de injusto penal, caracterizado como a conduta, proibida pela norma penal, que lesiona ou põe em perigo um interesse vital do indivíduo ou da coletividade. A esse respeito, Miguel Reale Júnior destaca:

Von Liszt lançou, por primeiro, nas 12^a e 13^a edições de seu trabalho, a distinção entre o que é formal e o que é materialmente antijurídico. No seu entender, um fato seria formalmente antijurídico enquanto contrário a uma proibição legal, e materialmente antijurídico por implicar a lesão ou perigo a um bem jurídico, ou seja, formalmente, a antijuridicidade se caracteriza como desrespeito a uma norma, a uma proibição da ordem jurídica; materialmente, como ataque a interesses vitais de particulares e da coletividade protegidos pelas normas estatuídas pelo legislador. (REALE JÚNIOR, 1998, p. 91)

No entanto, em que pese à valorosa contribuição do autor, note-se que a questão da determinação de quais seriam os interesses vitais a serem tutelados pelas normas penais não foi por ele solucionada. Não foi apresentado um critério

³⁷ "Para Von Liszt, os bens jurídicos são interesses humanos, do indivíduo ou da coletividade, e por isso os bens jurídicos se dividem em individuais, quando relacionados com interesses individuais, e supraindividuais – dentre os quais sobressaem os interesses do Estado, que é o portador, por excelência, dos interesses coletivos –, quando vinculados à coletividade como um todo." (RAPOSO, 2011, p. 83).

³⁸ *Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran intereses vitales mucho antes de llegar a estar garantizados por la Constitución contra las intromisiones arbitrarias del poder del Estado, o por las leyes penales, contra las violaciones procedentes de los individuos. La necesidad crea la defensa u con el cambio de los intereses varía el número y la especie de los bienes jurídicos.* (Tradução livre).

preciso que permitisse a seleção daqueles interesses vitais, os quais deveriam ser qualificados como bens jurídico-penais. Na prática, acabava sendo o legislador quem definia quais interesses seriam merecedores da tutela penal.

De acordo com Luiz Flávio Gomes,

se para Binding o conceito de bem jurídico é exclusivamente jurídico, uma criação livre do legislador (intra-sistémico), para Von Liszt não existiria essa liberdade absoluta porque o interesse vital que o Direito transforma em bem jurídico está presente nas relações sociais. De qualquer modo, como cabe à norma a missão de elevar o bem da vida à condição de bem jurídico, não há dúvida de que se está diante de um juízo de valor do Estado. (GOMES, 2002, p. 78)

Diversas outras formulações contribuíram no processo de delimitação do conteúdo material do bem jurídico penal. No contexto atual, coexistem duas principais correntes de pensamento sobre o bem jurídico, quais sejam, as teorias sociológicas e as teorias constitucionais.

3.2.2 Teorias sociológicas

Como a denominação evidencia, as teorias sociológicas procuram fornecer instrumentos para a determinação do conteúdo material do bem jurídico-penal, utilizando, principalmente, os aspectos de natureza sociológica³⁹.

Nas teorias sociológicas, existem subdivisões quanto à formulação e à abrangência de seus conceitos. Pode-se dizer que a principal subdivisão seria a teoria funcionalista-sistêmica, tendo como substrato a moderna doutrina dos sistemas sociais, desenvolvida, especialmente, por Parsons e Luhmann.

De acordo com a doutrina sociológica funcionalista, a sociedade é compreendida como um complexo sistema de interação que agrega funções para sua autossobrevivência. O Direito, com o intuito de conferir estabilidade e garantir a funcionalidade do sistema, distribui normativamente as funções aos indivíduos. Quando essas funções são realizadas de forma inadequada, o que dá mediante a

³⁹ "Na Alemanha, em especial, vicejaram as teorias sociológicas do bem jurídico que o situaram diretamente na realidade social, ressaltando a necessidade de uma vinculação maior do Direito Penal às demais ciências sociais." (PRADO, 2011, p. 62).

prática de condutas que importem o descumprimento da norma, ocorre o fenômeno da “disfuncionalidade”, colocando em risco a sobrevivência do sistema. Surge, então, “a necessidade de se corrigir a conduta disfuncional e reorientá-la para uma condição de funcionalidade sistêmica. A forma mais grave de disfuncionalidade é aquela que implica a prática de uma conduta típica para o direito penal”. (COELHO, 2003, p. 65)

Baseando-se na representação da sociedade em termos sistêmico-funcionalistas, Amelung construiu, em 1972, sua teoria da danosidade social. Para ele, a conduta disfuncional provoca um dano à sociedade, uma vez que impede ou pelo menos dificulta ao sistema social a superação dos problemas que lhe ponham em risco a sobrevivência.

De acordo com Yuri Carneiro Coelho,

Amelung foi um dos principais pensadores desta corrente no direito penal, tendo salientado, na construção de sua doutrina, o aspecto da danosidade social, como manifestação da disfuncionalidade sistêmica, criando, no dizer de Costa Andrade, uma verdadeira ‘teoria da danosidade social’ e distanciando-se na noção do bem jurídico. [...] Amelung se propõe a aplicar a teoria sociológica, por entender que as condutas socialmente danosas é que devem ser proibidas pelo direito penal. (COELHO, 2003, p. 66)

Assim, cabe ao Direito penal criminalizar os fatos disfuncionais, ou seja, as condutas socialmente danosas. Atribui-se, então, ao Direito penal não a função de proteção de bens jurídicos, mas, sim, o papel de manutenção do funcionamento do sistema social. (RAPOSO, 2011)

Nos dizeres de Luiz Regis Prado,

então, o Direito é tido como um subsistema do sistema social geral. E o delito vem a ser um comportamento disfuncional, quer dizer, um obstáculo ao funcionamento do sistema social. O Direito Penal objetiva proteger o aludido funcionamento, diante de um fato socialmente danoso. (PRADO, 2011a, p. 42)

Essa teoria sofre críticas de diversos autores, no sentido de que Amelung não logrou definir materialmente o que é danoso para a vida em sociedade, limitando-se a estabelecer a correspondência entre fato danoso e fato disfuncional. Realmente, o conceito de danosidade social não indica aquilo que, em concreto, é prejudicial para a vida em sociedade. Noutros termos, a teoria funcionalista-sistêmica não oferece

um conceito de danosidade social capaz de definir critérios que orientem e limitem o legislador no processo de criminalização de condutas.

Outro representante da teoria do funcionalismo sistêmico é Jakobs (1997). Na concepção do autor, as normas são essenciais para a manutenção do sistema social, pois elas regulam as relações entre os indivíduos na sociedade. A prática de um crime corresponde à negação de vigência de uma norma e reclama a imposição de uma sanção, aplicada com o objetivo de confirmar a validade fática ou a vigência da norma violada. Em outras palavras, a edição de uma norma, impondo ou proibindo a prática de determinada conduta, gera a expectativa de que os comportamentos determinados serão efetivamente cumpridos. O objeto a ser tutelado pelo Direito penal seria então a expectativa do cumprimento das normas.

A respeito da concepção de Jakobs, Guilherme Guedes Raposo observa:

O crime, portanto, passa a ser concebido como a defraudação de uma expectativa normativa que deve ser sancionada para que não se crie, no âmbito social, a sensação de que a conduta praticada se encontra dentro dos comportamentos válidos. E a finalidade principal da pena, neste contexto, é restabelecer a validade da norma jurídica que restou abalada com a prática de um crime. (RAPOSO, 2011, p. 99)

Também a construção de Jakobs (1997) é alvo de críticas, formuladas por grande parte dos doutrinadores. Isso porque o autor não consegue elaborar um conceito material de crime que seja capaz de limitar o *ius puniendi* estatal. A construção teórica de Jakobs (1997) não indica parâmetros a serem observados pelo legislador, na escolha das normas, cuja validade fática, deve ser tutelada pelo Direito penal⁴⁰.

De remate, a crítica de Luiz Regis Prado:

Em verdade, nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona

⁴⁰ Nesse sentido a crítica formulada por Jorge de Figueiredo Dias: “A crítica que, em meu modo de ver se deve dirigir a este conjunto (não homogêneos, em todo o caso) de concepções não é a da sua inexatidão, mas a da sua irremediável insuficiência para os efeitos práticos da aplicação do direito. É exato ser no sistema social, enquanto tal, que se deve ver em último termo a fonte legitimadora e produtora da ordem legal dos bens jurídicos. Mas com apelo direto a um tal sistema é absolutamente impossível emprestar ao conceito de bem jurídico a indispensável concretização. Com uma via para a alcançar só se depara quando se pensa que os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional.” (DIAS, 1999, p. 66)

uma conduta delitativa, como também responder, de modo convincente, por que uma certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos e não outros.

Então, percebe-se que o legislador ordinário não fica jungido a nenhuma espécie de vínculo por ocasião da escolha dos tipos incriminadores e de suas respectivas sanções, e também não se vislumbra nenhuma possibilidade de impedir ou, ao menos, dificultar o arbítrio do intérprete na busca dos específicos objetos de tutela. (PRADO, 2011a, p. 43)

3.2.3 Teorias constitucionais

As teorias constitucionalistas, subdivididas em teorias constitucionais de caráter geral e teorias de fundamento constitucional estrito, traçam os contornos do bem jurídico com base nos princípios e nos valores albergados na Constituição.

De acordo com Yuri Carneiro Coelho,

as teorias constitucionais do bem jurídico surgem em virtude da necessidade de se impor critérios mais seguros de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes, deduzindo-os diretamente do arcabouço de valores constitucionais, como forma de impor uma limitação concreta ao legislador ordinário na sua atividade em matéria penal, ofertando-lhe um suporte concreto de legitimação. (COELHO, 2003, p. 75)

Referidas teorias têm sido adotadas pela maioria da doutrina nacional e estrangeira⁴¹. Cumpre anotar, desde já, que as teorias de fundamento constitucional estrito foram utilizadas como substrato para o desenvolvimento deste trabalho.

3.2.3.1 Teorias constitucionais gerais

De acordo com as teorias constitucionais de caráter geral, a Constituição, globalmente considerada, constitui o fundamento sobre o qual será erigido o sistema punitivo. Melhor dizendo, no processo de criminalização, o legislador está,

⁴¹ Os seguintes autores, dentre outros, adotam a teoria constitucional do bem jurídico: Roxin, (2009), Palazzo (1989), Dias (1999), Fiandaca (2000), Santos (2006), Prado (2011a), Gomes, (2002), Tavares, (2000), Cezar Bittencourt (2002), Carvalho (1992), Luisi (2003), Feldens. (2012). Afirma Luis Arroyo Zapatero que, “al menos, en la doctrina española, es indiscutido que de la Norma fundamental se derivan los principios y reglas esenciales que deben respetarse en los procesos de incriminación, en la imputación del comportamiento o asignación de la responsabilidad penal e, igualmente, en el fin de la pena.” (ARROYO ZAPATERO, 1998, p. 1).

obrigatoriamente, vinculado aos princípios constitucionais gerais que regem a Carta Magna⁴².

A respeito das teorias constitucionais gerais, dispõe Francesco C. Palazzo,

sendo constante a preocupação de deduzir da Constituição a exigência de delimitação da matéria penal, nota-se que isso se dá não pela individuação de opções específicas que, no plano do conteúdo, já estariam inseridas ou encartadas na Constituição, mas em razão da solicitação a mais genéricos princípios políticos-constitucionais, de imediata derivação do *Rechtsstaatsprinzip*, certamente mais capazes de orientar, constitucionalmente, uma moderna tendência de política criminal, deixando, assim, ao legislador qualquer ulterior concretização. (PALAZZO, 1989, p. 86)

Quais seriam esses princípios constitucionais gerais a serem observados no processo de criminalização? Para os defensores dessa corrente, o Direito penal, no processo de tipificação, deve ter como fundamento os princípios fundamentais decorrentes da forma de Estado constitucionalmente estabelecida, bem como os princípios constitucionais penais.

Cumpra, então, analisar essas duas ordens de princípios que ligam a Constituição e o Direito penal.

3.2.3.1.1 Princípios constitucionais penais

Os princípios de Direito penal constitucional apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico, estando amparados pelo texto constitucional, explícita ou implicitamente. Tais princípios têm a função de orientar o legislador ordinário a adotar um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, fundado em um Direito penal mínimo e garantista. Nos dizeres de Prado (2011a, p. 66), “os princípios constitucionais penais fundamentam e conformam o Direito penal – delineiam sua constituição e seus limites”.

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente, nos incisos XXXIX, XL, XLVII, XLIX, XLV, XLVI e XLVIII, do art. 5º, os seguintes princípios penais:

⁴² Um dos principais expoentes dessas teorias é o penalista alemão Claus Roxin. (Cf. ROXIN, 2002).

legalidade, anterioridade, irretroatividade, humanidade, responsabilidade pessoal e individualização da pena. (BRASIL, 1988)

Os princípios da intervenção mínima, da insignificância, da adequação social, da lesividade, da culpabilidade e da proporcionalidade podem ser apontados como princípios penais constitucionais implícitos .

Não serão analisados de forma específica todos os princípios constitucionais penais, mas somente aquele que importa para o desenvolvimento deste trabalho, qual seja, o princípio da intervenção mínima. O estudo desse princípio será feito de forma aprofundada no Capítulo 5, quando será analisada a legitimidade da expansão do Direito penal em face do referido princípio.

3.2.3.1.2 O Direito penal no contexto do Estado de direito democrático e social

Como dito, para os adeptos das teorias constitucionais gerais, o Estado, no processo de criminalização de condutas, deve ter como fundamento, além dos referidos princípios penais constitucionais, também aqueles decorrentes do modelo de Estado estabelecido na Constituição. Em verdade, o tipo de Estado vai determinar os fins do Direito penal, o qual deve se adequar aos princípios e características essenciais do modelo de Estado em que se insere. (COELHO, 2003, p. 79)

Nos dizeres de Maurício Antônio Ribeiro Lopes,

um de nossos objetivos reside na demonstração que do processo de decisão política formadora de um determinado perfil do Estado decorre a construção racional de um correspondente modelo de Direito penal único em suas virtudes e implicâncias sobre a vida dos nacionais, sujeitando-os a consequências diretamente proporcionais àquelas ditadas pela escolha do perfil estatal. (LOPES, 1997, p. 49)

No mesmo sentido, Paulo de Souza Queiroz: “Definir, ou redefinir, os fins e os limites do direito de punir supõe, portanto, conhecer, antes, os fins, e os limites do próprio Estado.” (QUEIROZ, 2001, p. 122)

Importante destacar que, enquanto os princípios constitucionais penais constituem limites formais ao legislador penal, protegendo os indivíduos em face do exercício arbitrário do poder punitivo estatal, os princípios gerais, decorrentes do

modelo de Estado adotado, vinculam materialmente o legislador na seleção dos bens a serem tutelados pelo sistema penal.

Assim, sobrevêm as seguintes indagações: Quais são os princípios decorrentes de um modelo de Estado constitucionalmente estabelecido? De que forma esses princípios influenciam o sistema punitivo estatal?

De início, necessário se faz definir determinado modelo de Estado para que os princípios constitucionais dele decorrentes sejam identificados. Tem-se afirmado que, após o fim da Segunda Guerra Mundial, operou-se uma mudança nos paradigmas de Constituição e de Estado de diversos países ocidentais, com a adoção de um modelo específico de organização político-jurídica: o Estado democrático de direito, com matiz social⁴³. Atualmente, esse modelo é adotado pela maior parte dos Estados constitucionais do mundo ocidental, inclusive pela Constituição Federal de 1988⁴⁴.

De acordo com Luiz Regis Prado,

a Constituição, nos modernos Estados constitucionais democráticos, agasalha de modo conjunto tanto os mecanismos formais de garantia do Estado de Direito como o princípio democrático e a dimensão social, próprios do Estado democrático e social. (PRADO, 2011a, p. 86)

Desse modo, toma-se como paradigma o Estado democrático de direito, procedendo-se à análise dos princípios que dele decorrem. Cumprida essa etapa, examina-se a influência desses princípios no sistema punitivo estatal.

3.2.3.1.3 Estado democrático de direito e princípios decorrentes

O Estado democrático de direito resulta do acréscimo do conteúdo democrático e social ao modelo de Estado de direito. A adição do conceito

⁴³ Podem ser citadas como exemplo importantes Constituições europeias: Constituição da Itália . Constituição da República Italiana (ITÁLIA, 1947); Constituição da República Federal da Alemanha (ALEMANHA, 1949); Constituição da República Portuguesa (PORTUGAL, 1976); Constituição Espanhola (ESPANHA, 1978)

⁴⁴ A Constituição Federal de 1988 institui, no seu art. 1º, o modelo de Estado Democrático de Direito, que tem como valores supremos os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (preâmbulo), e como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. (Cf. BRASIL, 1988).

democrático ao modelo de Estado de Direito significa a união de duas concepções: o Estado limitado pelo Direito e o poder político estatal legitimado pelo povo⁴⁵.

Numa primeira noção, consiste o Estado de direito numa forma de organização político-jurídica cuja atividade estatal encontra-se limitada pelo Direito. O princípio básico desse modelo de Estado é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes. (CANOTILHO 1999, p. 3)

A respeito das características desse modelo de Estado, assevera Luiz Regis Prado:

O Estado de Direito é aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos. (PRADO, 2011a, p. 72)

De fato, não há se falar em Estado de direito, em que não haja uma Constituição que contenha uma organização do poder político segundo o princípio da separação de poderes e uma declaração ou catálogo de direitos fundamentais⁴⁶.

Sobreleva considerar que tais direitos, apesar de reconhecidos, não eram concretizados pelo Estado liberal de direito⁴⁷, ao qual era atribuído o papel de mero guardião das liberdades individuais⁴⁸. Também a concepção liberal formal de Estado

⁴⁵ De acordo com José Afonso da Silva, "o Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que o supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*." (SILVA, 1998, p. 116)

⁴⁶ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, declarada pela Assembleia Nacional Constituinte da França, estabeleceu, em seu artigo 16º, que "qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição." (Cf. DECLARAÇÃO..., 1789).

⁴⁷ Afirma José Joaquim Gomes Canotilho que "as grandes declarações de direitos e o catálogo de direitos fundamentais plasmados nas constituições bastaram-se com a bondade das suas mensagens e descuraram os modos, os procedimentos e os processos de garantir efectivamente os direitos." (CANOTILHO, 1999, p. 19).

⁴⁸ Sustenta Maurício Antônio Ribeiro Lopes: "Em seus primórdios o Liberalismo constituiu-se na bandeira revolucionária que a burguesia capitalista (apoiada pelos camponeses e pelas camadas sociais exploradas) utilizou contra o Antigo Regime Absolutista. Acontece que, no início, o Liberalismo assumiu uma forma revolucionária marcada pela 'liberdade, igualdade, fraternidade', em que favorecia tantos os interesses individuais da burguesia enriquecida quanto o de seus aliados economicamente menos favorecidos. Mais tarde, contudo, quando o capitalismo ingressou na fase industrial, a burguesia, assumindo o poder político e consolidando seu controle econômico, começou a aplicar na prática somente os aspectos da teoria liberal que mais lhe interessavam, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo." (LOPES 1997, p. 150). Também nesse sentido se põe a observação de Maria Luiza Schäfer Streck: "A questão que se coloca é: se o Estado foi conquistado pela burguesia – a partir da Revolução de 1789 na França –

de direito ressentem-se por não prever a autêntica participação democrática do povo no processo político⁴⁹. O Estado de direito clássico “carece de instituições, de procedimentos de acção e de formas de revelação dos poderes e competências que permitam falar de um poder democrático, de uma soberania popular, de uma representação política”. (CANOTILHO, 1999, p. 7)

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho,

o Estado de Direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma constituição limitadora do poder através do império do direito. As ideias do ‘governo de leis e não de homens’, de ‘Estado submetido ao direito’, de ‘constituição como vinculação jurídica do poder’, foram, como vimos, tendencialmente realizadas por instituições como as de *rule of law*, *due process of Law*, *Rechtsstaat*, *príncipe de legalité*. No entanto, alguma coisa faltava ao Estado de direito constitucional – a legitimação democrática do poder. (CANOTILHO, 1999, p. 10)

Assim, ao Estado de direito liberal foi acrescido o ideário do Estado democrático de direito, cujo elemento democrático foi introduzido pela necessidade de legitimação do poder político⁵⁰. Em verdade, o que se pretende com esse novo modelo de Estado é combinar determinados direitos e garantias, que visam à protecção da liberdade e da autonomia individual, com uma nova forma de legitimação e titularidade do poder.

Nessa perspectiva, o Estado Democrático de Direito consiste em uma ordem de domínio legitimada pelo povo, fundada no princípio da soberania popular⁵¹,

que se tornou a classe dominante e a esta deveria servir, por que esse Estado deveria se preocupar em reequilibrar as distâncias sociais que inexoravelmente se criaram? E é justamente por isso que o pensamento dominante do século XIX era o de que o direito deveria ter somente a função mínima de proteger o cidadão contra as arbitrariedades do Estado. Afinal de contas, a burguesia não estava preocupada em superar qualquer diferença social, já que a intenção era somente romper com os poderes da monarquia.” (STRECK, 2009, p. 20)

⁴⁹ Como bem assinala Paulo Bonavides, “a ideia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito.” (BONAVIDES, 2009, p. 50)

⁵⁰ “A crise de legitimidade só se resolve com participação e democracia, mas participação pelas vias representativas, com parlamento livre, Constituição soberana e limitações federativas ao poder absoluto.” (BONAVIDES, 1985, p.50)

⁵¹ “Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de charneira entre o Estado de direito e o Estado democrático, possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático.” (CANOTILHO, 1999, p. 10).

segundo o qual todo o poder emana do povo, que por ele será exercido de forma direta ou indireta, e no princípio do pluralismo político e social.

Por outro lado, a democracia se caracteriza, também, como o regime de garantia real da realização dos direitos fundamentais do homem⁵². Como dito, no Estado de direito clássico, os direitos fundamentais eram apenas declarados, proclamados, mas não efetivamente cumpridos. Pretende o modelo de Estado democrático de direito a concretização dos valores da dignidade, liberdade e igualdade, garantindo, desse modo, o pleno desenvolvimento da personalidade a todos os indivíduos⁵³.

Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco,

em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mas ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 149)

Importa ressaltar que a democracia tem como valor fundamental a igualdade substancial⁵⁴, uma vez que sem a sua efetiva concretização os demais valores não se realizarão⁵⁵. Por outro lado, a materialização do princípio da igualdade depende, por sua vez, da concretização dos direitos econômicos e sociais. Isto porque, não há se falar em realização dos valores igualdade e liberdade individual, sem se considerar os fatores econômicos e sociais, reconhecidos, hoje, como

⁵² “A democracia não constitui “por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduz basicamente nos direitos fundamentais do homem.” (SILVA 1998, p. 129)

⁵³ Nos dizeres de Paulo Bonavides: o atual Estado Democrático de Direito “já não é tão-somente uma filosofia de direitos.” (BONAVIDES 2009, p. 34)

⁵⁴ “O postulado da igualdade insere-se no sistema constitucional como princípio-reitor, fonte e pressuposto informador do próprio Estado Democrático de Direito.” (FELDENS (2002, p. 72)

⁵⁵ “Irrefragável é, portanto, a relação do conteúdo do princípio igualitário com as demais normas principiológicas garantidoras de direitos assentadas na Constituição [...]” (FELDENS, 2002, p. 71)

indispensáveis para que o indivíduo possa ser efetivamente livre e igualitário⁵⁶. Como bem atenta Bismarck, citado por Paulo Bonavides, diante de uma realidade marcada por profundas desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais, a apregoada liberdade consistiria, tão somente, em “uma real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome”. (BONAVIDES, 2009, p. 61)

Assim, o atual Estado democrático de direito, tido como Estado de justiça material, não pode ser concebido de forma dissociada do conteúdo social. Em verdade, o conteúdo social inserido juridicamente no modelo de Estado democrático de direito por meio de previsão constitucional expressa de direitos sociais e econômicos⁵⁷, representa um elemento essencial do regime democrático, uma vez que, de acordo com Paulo Bonavides, “sem Estado social não há democracia”. (BONAVIDES, 2009, p. 38)⁵⁸. Por tudo isso, tem-se que o Estado democrático de direito de conteúdo social, também nomeado como Estado democrático e social de direito, deve assumir tarefas e fins econômicos, sociais e culturais, um Estado de prestações e distribuição de riquezas⁵⁹.

A respeito do modelo de Estado democrático e social de direito, precisa a lição de José Afonso da Silva:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa determinada sociedade, livre, justa e solidária (art. 3º), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturais e etnias pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização de interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da

⁵⁶ Nos dizeres de Giovanni, Fiandaca, “a valorização de cunho constitucional da dimensão coletiva de certos interesses, longe de contrapor-se à autonomia dos indivíduos, tende a potencializá-la.” (FIANDACA, 2000, p. 431)

⁵⁷ As Constituições da República Federal Alemã e da Espanha definem, expressamente, os respectivos Estados como sociais e democráticos de direito.

⁵⁸ José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez assevera que “o Estado de direito só é estado de direito se for um Estado de justiça social.” (CANOTILHO, 1999, p. 15)

⁵⁹ Maurício Antônio Ribeiro Lopes assinala: “A Constituição, infelizmente, não cria riquezas, tão somente determina princípios para sua distribuição e aplicação. Assim é que o art. 3º diz serem objetivos fundamentais do Estado brasileiro a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos.” (LOPES, 1997, p. 190)

vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 1998, p. 123)

Após esta breve análise do modelo de Estado democrático de direito, cumpre indagar quais seriam então os princípios que podem ser extraídos do conjunto de regras constitucionais conformadoras do modelo de Estado. Interessa exclusivamente, dentre esses, aqueles que tenham influência imediata sobre o processo de criminalização, funcionando como limites materiais. Podem ser citados os princípios da legalidade, da liberdade, da autonomia individual, da igualdade, da soberania popular, do pluralismo político e social, da justiça social e da dignidade da pessoa humana⁶⁰.

Impõe-se, neste momento, considerar o impacto dos citados princípios sobre o Direito penal.

3.2.3.1.4 Influência dos princípios decorrentes do modelo de Estado democrático de direito sobre o poder punitivo estatal

O Direito penal, no contexto do Estado democrático de direito, deve estar voltado para a garantia do indivíduo, protegendo a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Tendo em vista que a criminalização de condutas e a consequente imposição de pena implicam restrição de liberdade, o processo de tipificação penal somente deve ser promovido em casos de extrema necessidade, com a finalidade de tutelar bens fundamentais à convivência pacífica da sociedade. Nos dizeres de Claus Roxin, “a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura” (ROXIN, 2009, p. 16). Dessa forma, a intervenção na esfera de liberdade pessoal deverá sempre ser a mínima necessária

⁶⁰ Na verdade, referidos princípios derivam dos valores fundamentais da sociedade. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso: “Os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica.” (BARROSO, 1993, p. 285). Palazzo (1989) utiliza o termo “valores” em relação a princípios. Destaca Lopes (1997, p. 96) que determinados valores fundamentais podem ser igualmente considerados como princípio constitucional e como direito fundamental, utilizando-se como exemplo o valor legalidade.

para a manutenção da livre convivência social, devendo o Direito penal limitar-se à tutela de bens jurídicos essenciais à comunidade⁶¹.

Por essa razão e com base nos princípios decorrentes do Estado democrático de direito, em especial, liberdade, autonomia individual, pluralismo social e dignidade da pessoa humana, configura-se como ilegítima a tipificação de atos meramente imorais ou reprováveis eticamente, cabendo ao Estado o respeito e a garantia das concepções de vida de cada pessoa⁶².

Em sociedades democráticas e pluralistas, em que a diversidade ética é aceita e valorada como algo positivo – sociedades em que a tolerância e convivência pacífica entre distintas mundividências religiosas e político-ideológicas são promovidas, só poderão ser considerados bens jurídicos com apoio constitucional aqueles bens ou valores essenciais à preservação da comunidade: (FIGUEIREDO, 2008, p.76)

Nessa ordem de ideias, também não pode o Direito penal criminalizar um acontecimento puramente interno do mundo psíquico do agente, sendo indispensável a indicação do bem jurídico lesionado ou colocado em perigo pela conduta delituosa.

Vale aqui transcrever as lições de Francesco C. Palazzo:

Tendem esses últimos princípios (princípios decorrentes do Estado democrático de direito) a impedir que o direito penal possa sofrer um desbordamento, uma maior abrangência, de modo a, afinal, sancionar fatos que, longe de produzirem uma imediata ofensa a bens constituintes de condições primordiais de uma convivência social pacífica, sejam, antes de tudo, simplesmente contraditórios em relação a determinados quadros de ideias, concepções weltanschaulich, ou cosmovisões, fatos cuja Strafwürdigkeit não suscita (ainda) um consenso social suficientemente generalizado. Em síntese, pode-se dizer que da influência desses princípios

⁶¹ Assinala Jesús-María Silva Sánchez que "a intervenção do Direito Penal não é proporcional se não ocorre em nome da proteção das condições fundamentais da vida em comum." (SILVA SÁNCHEZ, 2011b, p. 407)

⁶² Sustenta Jorge de Figueiredo Dias: "Não é função do direito penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral: quer se trate da moral estatalmente imposta, da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social. Para isso não está o direito penal – como ordem terrena que tem de respeitar a liberdade de consciência de cada um e só pode valer como 'uma triste necessidade num mundo de seres imperfeitos que são os homens' – de modo algum legitimado. Nem, por outro lado, os instrumentos de que se serve para a sua atuação – as penas e as medidas de segurança – se revelam adequados para fazer valer no corpo social as normas da virtude e da moralidade. Nem, ainda por outro lado, para aplicação de um direito com um tal sentido se encontram legitimados os magistrados e os tribunais, por isso que instâncias legitimadas para castigo do pecado e da imoralidade só podem ser, respectivamente, a divindade e a consciência individual." (DIAS, 1999, p. 60).

constitucionais deve originar-se uma tendência à secularização do direito penal, secularização não identificada apenas na vitória de certas incrustações do sistema, de feição especificamente religiosa, mas como uma tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil, e a excluir, em consequência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico. (PALAZZO, 1989, p. 87)

Em decorrência do princípio da igualdade, deve ser reconhecida, como inerente a todo ser humano, a mesma dignidade, com a consequente proibição de utilizar critérios de diferenciação no tratamento entre as pessoas em qualquer domínio da ordem jurídica (PRADO, 2011a, p. 88) A esse respeito, cumpre ressaltar que o sistema de justiça criminal, que se apresenta, baseado no princípio da igualdade, na verdade, tem como importante característica a seletividade, a qual se verifica tanto na proteção outorgada aos bens e interesses de grupos minoritários socialmente privilegiados como no processo de recrutamento da clientela do sistema de justiça criminal⁶³.

Exata a lição de Alessandro Baratta, definindo o Direito penal como o direito desigual por excelência:

No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o 'caráter fragmentário' do direito penal perde a ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto de controle penal. Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamento socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a

⁶³ A esse respeito, destaca Heleno Cláudio Fragoso: "Entre nós o direito penal tem sido amargo privilégio dos pobres e desfavorecidos, que povoam nossas prisões horríveis e que constituem a clientela do sistema. A estrutura geral de nosso direito punitivo, em todos os seus mecanismos de aplicação, deixa inteiramente acima da lei os que têm poder econômico ou político, pois estes se livram com facilidade, pela corrupção e pelo tráfico de influência. Denunciamos, portanto, entre nós, como fenômeno generalizado, o da desigualdade com que funciona o sistema punitivo, que serve a uma estrutura político-social profundamente injusta e opressiva." (FRAGOSO, 1982, p. 125).

criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.⁶⁴ (BARATTA, 2002, p. 165)

Juarez Cirino dos Santos destaca que a seletividade é realizada tanto no processo de criminalização primária como no processo de criminalização secundária:

Assim, através das definições legais de crimes e de penas o legislador protege interesses e necessidades das classes e categorias sociais hegemônicas, incriminando condutas lesivas das relações de produção e de circulação da riqueza material, concentradas na área de criminalidade patrimonial comum, característica das classes e categorias sociais subalternas, privadas de meios materiais de subsistência: os tipos legais de crimes fundados em bens jurídicos próprios das elites econômicas e políticas da formação social garantem os interesses e as condições necessárias à existência e reprodução dessas classes sociais. Nessa medida, a proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes e grupos sociais subalternos, especialmente os contingentes marginalizados do mercado de trabalho e do consumo social, como sujeitos privados dos bens jurídicos econômicos e sociais protegidos na lei penal. (SANTOS, 2006, p. 10)

O referido autor destaca:

Seja como for, é no processo de criminalização que a posição social dos sujeitos criminalizáveis revela sua função determinante do resultado de condenação/absolvição criminal: a variável decisiva da criminalização secundária é a posição social do autor, integrada por indivíduos vulneráveis selecionados por estereótipos, preconceitos e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social – e não pela gravidade do crime ou pela extensão social do dano. A criminalidade sistêmica econômica e financeira dos autores pertencentes aos grupos sociais hegemônicos não produz consequências penais: não gera processos de criminalização, ou os processos de criminalização não geram consequências penais; ao contrário, a criminalidade individual violenta ou fraudulenta de autores dos segmentos sociais subalterno, especialmente dos contingentes marginalizados do mercado de trabalho, produz consequências penais de rigor punitivo progressivo, na relação direta das variáveis de subocupação, desocupação e marginalização do mercado de trabalho. (SANTOS, 2006, p. 12)

⁶⁴ No mesmo sentido, a lição de Maria Lúcia Karam: "A seleção e definição de bens jurídicos e comportamentos com relevância penal se faz de maneira classista, se faz fundamentalmente em defesa dos interesses daqueles que detêm as riquezas e o poder – as chamadas classes dominantes – que vão, em última análise, definir o que deve ou não ser punido, o que deve ou não ser criminalizado e em que intensidade." (KARAM, 1993, p. 75). Paulo Ferreira da Cunha, identificando o Direito Penal como o direito de pobreza destaca: "Por isso que o *white collar* crime tem, quase sempre, quando tratado mediaticamente, um sabor a algo de falso, de inconsistente – e que acabará 'em nada', ou em alguma injustiça para alguém. E conclui com a seguinte indagação: A situação tenderá a alterar-se, com a possível acusação pelo Ministério Público e até a prisão efectiva de pessoas pertencentes aos grupos dos empresários, corretores de bolsa, e até pessoas da área governamental?" (CUNHA, 1998, p. 93)

O desafio, então, é o de produzir a legitimação democrática possível no sistema penal e fazer com que as ciências penais atuem como instrumento de democratização do referido sistema.

Outra questão que merece ser referida diz respeito ao conteúdo social do modelo de Estado democrático e social de direito. A concepção social faz sentir seus efeitos quanto ao conteúdo do Direito penal, devendo este tutelar, além dos bens jurídicos de cunho estritamente individual, característicos de um Estado liberal, também aqueles que tenham como suporte valores transindividuais e coletivos – por exemplo, a ordem econômica, o meio ambiente e a cultura⁶⁵. Isso significa um alargamento do âmbito de proteção do Direito penal: ao lado da proteção de bens de materialidade e contornos bem definidos e de relevância ético-social historicamente consolidada (v.g. a vida ou o patrimônio), passa a ser tarefa do Direito penal a proteção de bens cujos suportes ontológicos são menos precisos e que se remetem a uma pluralidade de pessoas. (FIGUEIREDO 2008, p. 75)

Na elucidativa formulação de Luis Luisi,

nas Constituições de nossos dias estas instâncias de resguardo dos direitos individuais em matéria penal persistem vigorosas, mas nela se encontram uma série de preceitos que implicam no alargamento da atuação do direito penal de moldes a ampliar a área de bens objeto de sua proteção. Ou seja: de um lado nas Constituições contemporâneas se fixam os limites do poder punitivo do Estado, resguardando as prerrogativas individuais; e de outro lado se inserem normas propulsoras do direito penal para novas matérias, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado. [...] Os princípios referidos [...] se caracterizam por ampliarem a área de abrangência da resposta penal, alargando o campo dos bens penalmente tutelados, neles incluindo os de natureza transindividual. Tais princípios, pois, são informados pelas exigências do *Sozialstaats*, e se propõe a fazer do direito penal, não o exclusivo, mas um dos instrumentos necessários à correção das distorções causados por um individualismo exacerbado favorecendo a homogeneização social, com vista à realização da igualdade concreta possível entre os cidadãos, ou seja, com a finalidade de contribuir

⁶⁵ De acordo com Renato de Mello Jorge Silveira, “esta mudança de paradigma quanto à própria função do Estado vem ter profunda repercussão no Direito Penal. Não está mais a se preocupar quanto a interesses meramente burgueses, mas, sim, a interesses globais de toda a sociedade.” (SILVEIRA, 2003, p. 185). Afirma Maria Luiza Schäfer Streck: “No campo do Direito Penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc.), os delitos que devem ser penalizados com (mais) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático.” (STRECK, 2006, p. 38)

para que se realize uma sociedade dotada de justiça material. (LUIZI, 2003, p.12)

Para a realização desse fim, ou seja, da justiça material, o Direito penal moderno deve se comprometer com a alteridade. Isso porque o sistema penal sempre se voltou para a manutenção do *status quo*. A esse respeito, mais uma vez, as lições de Alessandro Baratta:

O direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo no *status* social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social. (BARATTA, 2002, p. 166)

Precisas as palavras de Juarez Cirino dos Santos:

Os sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado – as formas jurídicas e os aparelhos de poder do Estado – instituem e reproduzem as condições materiais da vida social, protegendo interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados. (SANTOS 2006, p. 7)

O problema é que, no Brasil, manter o *status quo* significa manter a desigualdade e impedir a concretização dos direitos fundamentais, sejam individuais, sejam coletivos ou supraindividuais, de grande parcela da sociedade. Em face dessas considerações, não há como conceber o Direito penal moderno descomprometido com as mudanças sociais desejadas.

3.3.3.2 Teorias constitucionais estritas

Como dito, as teorias constitucionais se dividem em teorias constitucionais gerais, tratadas no subitem 3.2.3.1, e teorias de fundamento constitucional estrito, das quais se passa a tratar.

As teorias de fundamento constitucional estrito procuram limitar de forma mais rígida⁶⁶ o campo do legislador ordinário, determinando que este somente poderá criminalizar condutas que violem bens, que tenham como suporte material valores constitucionais (COELHO, 2003, p. 77). Assim, além de o legislador estar sujeito às especificações constitucionais gerais, isto é, não poder violar os princípios fundamentais do Estado de direito democrático e os princípios de direito penal constitucional, está, obrigatoriamente, vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo é determinado de conformidade com os valores constitucionais⁶⁷. Nesta perspectiva, a Constituição é tida como instrumento capaz de ofertar um catálogo de bens merecedores de tutela penal⁶⁸.

A respeito das referidas teorias, conclui Francesco C. Palazzo:

[...] quanto mais se manifesta possível a formulação rigorosa de um catálogo de bens jurídicos constitucionalmente individuados como objetos da tutela penal, tanto mais penetrante será a influência da Constituição no sistema e, antes de tudo, na política criminal do ordenamento. (PALAZZO 1989, p. 84)

Conforme ressaltado, a compreensão de que os valores constitucionais deverão nortear a escolha dos bens jurídicos protegidos pelo Direito penal é adotada neste trabalho. Entende-se que a vinculação a um catálogo constitucional de valores fundamentais é indispensável ao Direito penal moderno, constituindo critério de legitimidade na escolha das condutas a serem criminalizadas.

⁶⁶ Os adeptos das Teorias de fundamento constitucional estrito entendem que as Teorias constitucionais gerais não oferecem critérios seguros a serem observados pelo legislador no processo de criminalização. Nesse sentido, Yuri Carneiro Coelho: "Esta concepção (Teoria constitucional de caráter geral), em que pese referendar a necessidade de impor-se a Constituição como elemento de legitimação do processo de escolha de bens jurídicos a serem tutelados penalmente, impõe critérios demasiadamente genéricos, vagos, notadamente inseguros, posto que a mera referência a não-contrariedade dos princípios supramencionados (princípios que condicionam o Estado de Direito Democrático e Social e princípios de direito penal constitucional) não torna possível, de forma isolada, a aferição concreta do campo de legitimidade, concedido ao legislador para a construção dos tipos delitivos." (COELHO, 2003, p. 81)

⁶⁷ Nos dizeres de Pulitanò citado por Luciano Feldens, "a atividade do legislador penal encontra seu objeto premeditado por uma ordem de valores ditada pela Constituição, que se faz, por essa razão mesma, pré-constituída ao legislador." (FELDENS, 2012, p. 61)

⁶⁸ Afirma Luis Luisi: "É nas constituições que a criminalização há de encontrar os bens que lhe cabe tutelar". (LUIZI, 2003, p. 175). Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos: "A fonte exclusiva de bens jurídicos selecionados para proteção penal é a Constituição da República". (SANTOS, 2006, p. 16); Maria Luiza Schäfer Streck: "É a Constituição a responsável por eleger aqueles bens jurídicos dignos de tutela penal [...]" (STRECK, 2009, p. 41)

3.2.4 Conceito de bem jurídico

Traçou-se um perfil da evolução da teoria do bem jurídico penal, chegando-se aos seus contornos mais atuais. Partindo da compreensão de que o Direito penal tem como finalidade a proteção de bens jurídicos⁶⁹, precisou-se o conceito de bem jurídico⁷⁰.

Tomando como ponto de partida o conceito oferecido por Gomes (2002, p. 133), tem-se que bens jurídicos são bens existenciais valorados positivamente e protegidos por uma norma penal. Identifica o autor dois elementos no referido conceito, bem existencial e substrato empírico. Bem existencial constitui toda

⁶⁹ "Na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma – 'princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos'." (PRADO, 2011^a, p. 31)

⁷⁰ Cumpre ressaltar que, em relação ao conceito de bem jurídico, não existe consenso entre os doutrinadores. Parte da doutrina identifica o bem jurídico com um interesse juridicamente protegido. Dentre os autores que adotam tal concepção, podem ser citados: Liszt, Muñoz Conde, Manzini, Hungria, Noronha. Como será demonstrado, bem jurídico não é o interesse protegido, mas, sim, o valor social protegido pela norma. Isso porque interesse é o termo que expressa uma relação entre sujeito e objeto. Bem leciona Rocco, citado por Luiz Regis Prado: "Bem é tudo o que, existindo como realidade diante da consideração da consciência humana, é apto para satisfazer uma necessidade humana, e interesse vem a ser o juízo emitido pelo sujeito de uma necessidade sobre a utilidade, sobre o valor de um objeto (bem) como meio de satisfação da própria necessidade; valoração, por parte do sujeito de uma necessidade, da aptidão de um objeto (bem) para satisfazer sua própria necessidade (utilidade, valor de uso). O interesse – agrega o autor – é, pois, um ato da inteligência e seu conceito, como tal, é um conceito psicológico e, por fim, subjetivo, como o conceito de necessidade (não objetivo, como o conceito de bem). É um juízo: juízo de utilidade ou de valor, valoração de um objeto por parte do sujeito de uma necessidade, do ponto de vista da própria necessidade." (PRADO, 2011, p. 20). Nesse sentido, Giuseppe Bettiol: *Un diritto penale orientato verso l'idea suprema della giusta retribuzione non può che essere un diritto penale a sfondo nettamente ético. Ed è próprio per questa ragione Che noi abbiamo parlato, a proposito del bene giuridico, di valori e non di interessi, perchè Il valore è termine più appropriato ad esprimere la natura etica Del contenuto delle norme penali, mentre l'interesse è termine che esprime una relazione* (BETTIOL, 1950, p. 127). Observa Heleno Cláudio Fragoso: "Objeto da tutela é o bem, não o interesse, mas nada impede que a este se refira o intérprete, pois se trata, tão somente, de um aspecto subjetivo ou de um juízo de valor sobre o bem como tal. Inaceitável é o conceito objetivo de interesse, pois este denota sempre uma atitude mental. De fato, sob uma perspectiva do bem jurídico considerado como algo sobre o qual recai o interesse do indivíduo ou da coletividade, na medida em que o mesmo se revela útil para o convívio social, e por essa razão é protegido pelo direito, as expressões bem jurídico, valor social e interesse se apresentam coincidentes, sendo a controvérsia de caráter puramente terminológico." (FRAGOSO, 1985, p. 278). Nesse sentido, Correia, citado por José Cirilo de Vargas: "Descreve o legislador aquelas expressões da vida humana que em seu critério encarnam a negação dos valores jurídico-criminais, que violam, portanto, os bens ou interesses jurídico-criminais. Como valores jurídico-criminais, são, com efeito, ao mesmo tempo, interesses-bens jurídico-criminais. Na verdade, a classificação como criminais de certos valores só pode entender-se na medida em que estes correspondam a fins a que o Estado reconhece interesse específico, na medida em que, portanto, dada a relação *quae inter est* Estado e valores jurídico-criminais, eles são para o Estado interesses [...]". (VARGAS, 1997, p. 31).

realidade existencial⁷¹ com independência de seu caráter material ou imaterial, essenciais à vida do homem em sua sociedade⁷². Hans Welzel indica as formas pelas quais tais bens podem apresentar-se:

Como objeto psicofísico (relativo ao espírito ou à matéria), ou como objeto ideal-psíquico (assim a vida por um lado, e a honra pelo outro); como estado real (a paz do lar); como relações da vida (matrimônio, parentesco); como relação jurídica (propriedade, direito de caça); e até como conduta de um terceiro (dever de fidelidade do empregado público, protegido diante do suborno). (WELZEL. 2003, p. 32)

Por seu turno, Claus Roxin define os bens existenciais como circunstâncias reais, entendendo que estes se apresentam não somente como as condições individuais necessárias para uma coexistência pacífica e livre (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também como instituições estatais adequadas para esse fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.):

Então, não é necessário que os bens jurídicos possuam realidade material; a possibilidade de disposição sobre coisas que a propriedade garante ou a liberdade de atuação voluntária que se protege com a proibição da coação não são objetos corporais; entretanto, são parte integrante da realidade empírica. Também os direitos fundamentais e humanos, como o livre

⁷¹ De acordo com Reale (2002), três classes de objetos compõem a realidade: objetos físicos, psíquicos e ideais. Os objetos físicos são seres corpóreos ou concretos, os quais somente podem ser concebidos com referência ao espaço e ao tempo. Já os objetos psíquicos não podem ser concebidos no espaço, porque apenas duram no tempo. Não existe espacialidade nesses objetos, porque eles têm a característica de serem apenas temporais. O autor cita como exemplo de objetos psíquicos: as emoções, as paixões, os instintos, as inclinações e os desejos. Os objetos ideais são seres que existem enquanto pensados. Existem na mente humana. Porém tais objetos devem ser considerados distintos do pensamento como processo empírico determinado. O que caracteriza os objetos ideais é o fato de serem, sem serem no espaço e no tempo, são atemporais e a-espaciais. Um juízo lógico pode ser tido como um exemplo de objeto ideal. Luiz Regis Prado assevera que o bem jurídico de um preceito incriminador “sofre um processo de abstração ou generalização que o desvincula de suas concretas formas de manifestação (v.g., no delito de furto, o bem jurídico ‘propriedade’ não faz referência à propriedade X).” (PRADO, 2011, p. 54)

⁷² Afirma Luiz Regis Prado: “Resta patente que a noção de bem jurídico decorre das necessidades do homem surgidas na experiência concreta da vida [...]” (PRADO, 2011, p. 49). Adverte Luciano Feldens: “O Direito Penal, assim entendido como instrumento político ao mesmo tempo de controle e proteção social, rumará tanto mais à sua legitimidade quanto mais priorizar, dentro de uma escala de valores, aqueles que se mostrem não apenas retórica, mas efetivamente essenciais à vida do homem em sua sociedade, quando então, por exemplo, a economia e o dano privados cedem à higidez das ordens econômica e financeira, as quais estruturadas no interesse da coletividade (art. 192 da CRFB) têm por fim assegurar existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170, CRFB).” (FELDENS, 2002, p. 56)

desenvolvimento da personalidade, a liberdade de opinião ou religiosa, também são bens jurídicos. Seu desconhecimento prejudica verdadeiramente a vida na sociedade. De forma correspondente com o anterior, embora as instituições estatais como a administração da justiça ou o sistema monetário ou outros bens jurídicos de todos tampouco são objetos corporais, mas são realidade vitais cuja diminuição prejudica, de forma duradoura, a capacidade de rendimento da sociedade e a vida dos cidadãos. (ROXIN, 2009, p. 17)

O outro elemento extraído do conceito de Gomes (2002) é o substrato empírico, que se configura como uma relação social ou o vínculo ou o interesse entre o sujeito e o bem existencial, valorado positivamente⁷³. Dessa forma, tem-se que o bem jurídico consiste “na soma de uma coisa (bem ou interesse existencial) com um valor agregado (em razão da função que a coisa desempenha em relação ao sujeito)” (GOMES, 2002, p. 133). “Um bem, assim, é sempre algo mais que uma coisa. Mas também é essa coisa, só que contemplada em seu valor funcional: o bem é uma coisa valiosa” (MIR PUIG *apud* GOMES, 2002, p. 133), o que acaba por ser, ao fim, um valor. Luiz Regis Prado corrobora esse entendimento, aduzindo que “o bem jurídico não se identifica exatamente com seu substrato: revela algo mais que sua base, visto ser resultado de um juízo positivo de valor sobre algo, que se lhe encarna, e acaba por dar-lhe um conteúdo ímpar de cunho empírico-valorativo.” (PRADO, 2011a, p. 53)⁷⁴

Explicitando o que acabou de ser dito: os objetos do mundo real podem ser valorados levando em conta determinados critérios – por exemplo, critérios econômico, estético, social, etc. Assim, algo será considerado economicamente valoroso quando possuir um considerável valor econômico. Determinado dado da realidade (bem existencial) é valorado socialmente de forma positiva, à medida que se revela útil para a satisfação de uma necessidade essencial do indivíduo ou da sociedade⁷⁵. Referido bem existencial será, então, considerado um valor social⁷⁶. No

⁷³ “Valor é o produto do homem, configurado a partir de um discurso racional intersubjetivo baseado nas necessidades humanas. É uma projeção da consciência do homem para o mundo exterior, representa um modo de preferência consciente que parte de determinadas condições sociais e históricas e que, portanto, tem um fundamento empírico e não metafísico.” (PEREZ LUNO *apud* PRADO, 2011, p. 52)

⁷⁴ Luis Regis Prado apresenta o seguinte exemplo: “[...] no delito de homicídio (art. 121, CP), o bem jurídico protegido é a vida humana independente enquanto estado valioso; seu substrato é a vida humana como realidade social preexistente [...]” (PRADO 2011, p. 55)

⁷⁵ Jesús-María Silva Sánchez observa que COBO/VIVES, embora definindo o bem jurídico como “todo valor da vida humana protegido pelo Direito, entendem o termo valor não num sentido ético, mas como tudo o que satisfaz uma necessidade humana.” (SILVA SÁNCHEZ, 2011b, p. 411).

momento em que passa a contar com a proteção do Direito penal, tal valor social é elevado à categoria de bem jurídico penal⁷⁷. Nessa linha de raciocínio, tem-se o bem jurídico como algo socialmente valioso, ou seja, como um valor da ordem social, juridicamente protegido⁷⁸. Nesse sentido, o conceito de Francisco de Assis Toledo: “Bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” (TOLEDO, 2001, p. 15); Aníbal Bruno: “O que chamamos, em linguagem técnica, bens jurídicos, são valores, valores da vida individual ou coletiva, valores da cultura” (BRUNO, 1967, p. 17); Heleno Cláudio Fragoso: “Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece e a cuja preservação é disposta a norma” (FRAGOSO, 1985, p. 277); Luiz Regis Prado: “O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, e por isso, jurídico-penalmente protegido” (PRADO, 2011a, p. 52); Maurício Antônio Ribeiro Lopes: “Só podem ser bens jurídicos aqueles objetos que o ser humano precisa para sua livre autorrealização; determinados objetos se convertem em bens jurídicos, portanto, à medida que estão dotados de um conteúdo de valor para o desenvolvimento pessoal do homem em sociedade (LOPES, 2000, p. 540)”.

⁷⁶ Afirma Jesús-María Silva Sánchez: “Determinados objetos se convertem em bens jurídicos, portanto, conforme estejam dotados de um conteúdo de valor para o desenvolvimento pessoal do homem em sociedade.” (SILVA SÁNCHEZ, 2011b, p. 413). Hans Welzel assinala que “é missão do direito penal amparar os valores elementares da vida da comunidade.” (WELZEL 2004, p. 27)

⁷⁷ Assevera Luciano Feldens: “A atividade de identificação (reconhecimento) social dos bens (valores ou interesses) a serem juridicamente protegidos é lógica e temporalmente anterior à sua recepção normativa. Afinal, antes de serem bens ou valores recolhidos pelo Direito (bens jurídicos), eles se fazem constituídos como tais na consciência social, extraídos que são dos costumes vigentes em uma determinada sociedade e, por consequência, de suas necessidades. Isso é assim pelo menos em linha de princípio. Do que significaria concluir que a norma (penal) não cria valores, senão que, alinhada à metodologia de controle social – por intermédio da qual o Direito Penal está conectado a outros mecanismos –, os absorve, por meio de sua positivação, como forma de protegê-los.” (FELDENS, 2012, p. 68). Oportuna a citação de Eduardo Monreal: “[...] o interesse que está na base de cada bem jurídico não é criado pelo direito, senão que é fruto de uma determinada forma de conceber a sociedade e os indivíduos que a formam, a que se reflete em um concreto regime de organização social, política e econômica, que se estabelece em um país em uma certa etapa de sua história. Mas é o direito que capta e recolhe este interesse e que, elevando-o à categoria de bem jurídico, o coloca como base da ordem social que lhe cumpre proteger e sustentar.” (MONREAL, 1982, p. 109).

⁷⁸ Afirma Enrique R. Aftalión que “*el legislador no es más que el portavoz oficial por medio del cual una Comunidad expresa sus juicios valorativos*”. (AFTALIÓN, 1966, p. 88).

Cumpra ressaltar, por fim, que, de acordo com as teorias constitucionais de fundamento estrito, concepção aqui acolhida, é a Constituição a responsável por realizar a valoração dos bens existenciais (dados da realidade), utilizando como critério sua essencialidade à vida social⁷⁹. Assim, o legislador somente está autorizado a elevar à categoria de bem jurídico penal o que a Constituição Federal apontar como um valor social.

3.2.5 A ordem econômica como bem jurídico tutelado pelo Direito penal econômico

No item 3.1, foi dito que é corrente na doutrina conceituar o Direito penal econômico como o conjunto de normas jurídicas que protegem a ordem econômica.

Afirmou-se, ainda, que o conceito de ordem econômica costuma ser expresso de forma estrita e ampla. Na primeira, entende-se por ordem econômica a regulação jurídica da intervenção do Estado nas relações econômicas; na segunda, mais ampla, a ordem econômica é conceituada como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Assim, o conteúdo do Direito penal econômico é variável, dependente da concepção que se adote em relação ao bem jurídico por ele tutelado, ou seja, a ordem econômica.

É forçoso reconhecer, nesse momento, a necessidade de se proceder a uma análise mais aprofundada do conceito de ordem econômica, com o objetivo de precisar de forma mais segura seu real significado para o Direito penal econômico, o que é decisivo para a elaboração e a interpretação dos tipos penais econômicos. Demais disso, qualquer esforço no sentido de avaliar a legitimidade de uma criminalização econômica deve partir da análise do bem jurídico penalmente tutelado.

De início, cumpre ressaltar que a expressão “ordem econômica”, tanto na concepção ampla como na restrita, não se apresenta como um conceito claro, concreto e dotado de firmes contornos na doutrina contemporânea, sofrendo críticas de diversas ordens.

⁷⁹ Nesse sentido, Luiz Regis Prado: “O conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário.” (PRADO 2011^a, p. 104)

Raúl Cervini critica tanto a concepção ampla como a estrita do conceito de ordem jurídica nos seguintes termos:

A invocação de uma suposta ordem econômica como maneira de classificar o bem jurídico é uma definição que sempre padeceu de certa falta de precisão conceitual devido precisamente às suas pretensões de amplitude. Utilizou-se então o recurso à simples menção de uma ordem econômica em sentido amplo, que servisse como bem jurídico autônomo, e uma definição de limites tão imprecisos ampliava o objeto do direito penal econômico até quase confundi-lo com o direito penal convencional ou de segurança pública. E isso porque tanto se poderia considerar que, desde que por exemplo a propriedade ou o patrimônio são um pilar fundamental da ordem econômica capitalista, entrariam dentro do direito penal econômico os furtos, estelionatos e roubos, condutas que só lesam o patrimônio. Mas também, e por outro lado, esta amplitude gera o risco de criar delitos que de fato não tutelam nenhum bem jurídico. Tão desmedida extensão não é senão a consequência lógica de acudir a fórmulas demasiadamente amplas e sem precisão conceitual como 'ordem econômica' ou 'interesses estatais na existência e conservação da ordem econômica estabelecida pelo Estado'⁸⁰. (CERVINI, 2009, p. 8)

Semelhantes as críticas de Luciano Anderson de Souza:

Não se coaduna, contudo, essa visão político-criminal excessivamente ampla de Tiedemann, quer pela ausência de unidade de sentido a justificar tipos incriminadores de substratos tão díspares como os citados, quer pela autonomia do Direito Penal relativamente ao Direito Econômico, assim como, por fim, pela carência de um critério claro e seguro capaz de limitar a repressão penal do Estado. Já a visão estrita, rechaçada pelo doutrinador, curiosamente, também se nos afigura vaga, carente de maior concretude necessária numa construção jurídico-criminal, e, especificamente, pouco clara quando se procura distinguir o Direito Penal Econômico do Direito Econômico, eis que este certamente busca regrar a direção estatal da economia. (SOUZA, 2012, p. 45)

De fato, o bem jurídico entendido de forma ampla é muito vago e abstrato. A adoção da concepção extensiva impõe dificuldades para delimitar o âmbito da

⁸⁰ *La invocación de un supuesto orden económico como manera de etiquetar al bien jurídico tutelado es una definición que siempre padeció de cierta falta de precisión conceptual debido precisamente a sus pretensiones de amplitud. Se utilizó entonces el recurso a la simple mención de un orden económico en sentido amplio, que sirviera como bien jurídico autónomo, y una definición de límites tan imprecisos ampliaba el objeto del derecho penal económico hasta casi confundirlo con el derecho penal convencional o de seguridad pública. Y ello porque bien podía considerarse que, desde que por ejemplo la propiedad o el patrimonio son un pilar fundamental del orden económico capitalista, entrarían dentro del derecho penal económico los hurtos, estafas y robos, conductas que sólo lesionan el patrimonio. Pero también, y por otro lado, esa amplitud genera el riesgo de crear delitos que en los hechos no tutelan ningún bien jurídico. Tan desmesurada extensión no es sino la lógica consecuencia de acudir a fórmula demasiado amplias y sin precisión conceptual como orden económico o intereses estatales en la existencia y conservación del orden económico establecido por el Estado.* (Tradução livre)

disciplina, bem como para precisar a noção do que se deve entender por delito econômico.

Com relação à concepção estrita de ordem econômica, entendida como regulação jurídica do intervencionismo na economia, adverte Miguel Bajo Fernandez que o bem jurídico se apresenta como um interesse: “o interesse do Estado na conservação de sua capacidade produtiva para o cumprimento de sua tarefa e na conservação da ordem legal da economia” (BAJO FERNANDEZ 1973, p. 96)⁸¹. Assim, segundo essa concepção, o lesado com a prática do delito econômico seria o interesse do Estado. Logo, todos os crimes econômicos seriam, na realidade, delitos contra a Administração Pública, tendo o Estado como vítima. Tal concepção é inaceitável. Isto porque, como bem salienta Luciano Feldens,

conceitos político-normativos como ordem econômica, ordem tributária, regularidade do sistema financeiro enfeixam uma relação de significados na qual se contém, para além do interesse público *stricto sensu*, o interesse de todos os sujeitos sociais – indivíduos conviventes em sociedade – submetido a essas categorias. (FELDENS, 2002, p. 33)

Outra questão relevante, talvez a mais importante, é que o conceito de ordem econômica, seja na concepção ampla, seja na restrita, identifica-a como um conjunto de normas, como uma parcela da ordem jurídica⁸². A ideia que subsiste em qualquer das concepções é de que o Direito penal econômico estaria a tutelar as normas econômicas⁸³.

⁸¹ *Lo interés del Estado en la conservación de su capacidad productora para el cumplimiento de su tarea y en la conservación del orden legal de la economía.* (Tradução livre)

⁸² Na concepção ampla, a ordem econômica corresponde ao conjunto de normas que regulam a atividade econômica. Na concepção restrita, ordem econômica seria o conjunto de normas jurídicas promulgadas para regular a intervenção do Estado na economia.

⁸³ Outros autores, de forma mais específica, entendem que o bem jurídico tutelado seria a função interventiva do Estado na economia, desempenhada através da edição de normas que regulam a economia ou através da elaboração de políticas econômicas. Rodrigo Sanches Rios destaca: “Se a intervenção do Estado na economia é inquestionável, ela vai se dar através de diversos órgãos estatais que controlem a atuação dos agentes econômicos, o funcionamento do sistema financeiro etc. E estas atividades funcionais configuram-se na doutrina penal moderna como verdadeiros bens jurídicos a serem tutelados. Dessume-se, portanto, que o controle penal não estará direcionado apenas a prever e reprimir a lesão objetiva da conduta, mas também a inobservância de normas de organização na qual esteja inserida a finalidade pública da atividade funcional” (RIOS, 2011, p. 271). Manoel Pedro Pimentel considera que “o Direito penal econômico, portanto, é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização. São, portanto, a segurança e a regularidade da realização dessa política que constituem precipuamente o objeto jurídico do Direito penal econômico” (PIMENTEL, 1973, p. 21). Porém, como bem realçado por Raúl Cervini: “[...] es posible reconocer todo un ámbito de tutela del orden económico, independiente de la política intervencionista o no del Estado, que engloba a los fraudes a

Nesse sentido, o pensamento de Klaus Tiedemann, que considera como delitos econômicos

não apenas os fatos puníveis dirigidos contra o planejamento estatal da economia, mas todo o conjunto dos delitos relacionados à atividade econômica e dirigidos contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica⁸⁴. (TIEDEMANN 1985, p. 20)

Afirma, ainda, o autor:

Cabe afirmar que o Direito Penal não possui na atualidade a missão de conformar a ordem econômica. Pelo contrário e como princípio, unicamente ratifica uma ordem extrapenal e colabora assim para sua efetividade. No âmbito da economia, precisamente, o Direito Penal acaba por ser secundário e acessório⁸⁵. (TIEDEMANN 1985, p. 21)

Marques, citado por Manoel Pedro Pimentel, afirma que as “sanções de caráter penal foram postas a serviço da regulamentação normativa da vida econômica e suas repercussões nos fatos que a ordem jurídica disciplina”. (MARQUES, *apud* PIMENTEL, 1973, p. 21)

Heloisa Estellita Salomão assevera:

Finalmente, saliente-se que o Direito Penal Econômico, com a amplitude de seu conteúdo, é um direito de superposição. Isto porque, como já foi dito, há uma extensa e intrincada regulamentação da economia cujas metas se quer proteger. Pois bem, para a compreensão do delito econômico será imprescindível a compreensão, logicamente anterior, da disciplina jurídico-econômica do fato. É exatamente este o fenômeno da superposição, os tipos delituosos não incidem diretamente sobre fatos, mas, antes, sobre normas jurídicas que regulam situações de fato. (SALOMÃO, 2011, p. 162)

Não obstante a notória autoridade dos autores citados, os referidos conceitos de ordem econômica não servem para designar, em sentido técnico, um bem jurídico protegido pelo Direito penal. Sabe-se que a primeira condição de

los consumidores, las grandes estafas, las grandes quiebras, la utilización de información privilegiada en el mercado de capitales, etc. (CERVINI, 2009, p. 6)”

⁸⁴ *no sólo los hechos punibles dirigidos contra la planificación estatal de la economía, sino todo el conjunto de los delitos relacionados con la actividad económica y dirigidos contra las normas estatales que organizan y protegen la vida económica.* (Tradução livre).

⁸⁵ *Cabe afirmar que el Derecho Penal no tiene en la actualidad como misión la de conformar el orden económico. Por el contrario y como principio, únicamente ratifica un orden extrapenal y colabora así para su efectividad. En el ámbito de la economía, precisamente, el Derecho Penal resulta ser secundario y acesorio.* (Tradução livre).

legitimidade de uma norma penal é que se dirija à tutela de um bem jurídico. Por isso, não cabe ao Direito penal tutelar normas jurídicas nem funções estatais, uma vez que tais objetos, por não possuírem referencial ontológico, não podem ser elevados à categoria de bens jurídicos penais. Como restou demonstrado no subitem 3.2.4, somente os bens existenciais (individuais ou supraindividuais) mais importantes para o ser humano merecem ser contemplados em uma norma como objeto de proteção penal.

Nesse sentido, a observação de Luiz Regis Prado:

A idoneidade do bem jurídico está diretamente relacionada com o seu valor social. Não pode estar desvinculado da realidade existencial e indiferente ao mundo externo do ser. Ao contrário, há um ponto de vista objetivo, de natureza empírico-jurídica, em virtude do qual o legislador tem como fundamento a existência de um momento categorial-axiológico que, enquanto digno de garantia penal, exige uma valoração positiva. Dessa maneira, admite-se o aspecto ôntico-substancial de relevância jurídica inerente à natureza normativa do objeto de proteção. (PRADO, 2011a, p. 102)

Nessa linha de raciocínio, convém evidenciar, uma vez mais, que o bem jurídico digno de tutela penal é aquele objeto do mundo real positivamente valorado. O objeto tutelado deve integrar a realidade empírica, ou seja, deve possuir realidade existencial. Noutros termos, bens existenciais, preexistentes ao direito, quando dotados de valor social, ou seja, quando se revelam indispensáveis à convivência social, são elevados à categoria de bens jurídicos penais, a partir do momento em que passam a contar com a proteção do direito penal.

A respeito do tema, leciona Raúl Cervini, valendo-se dos ensinamentos de Juarez Tavares:

Juarez Tavares afirma que, em termo gerais, o bem jurídico suscitou inúmeras posições. O principal enfoque que envolve as discrepâncias reside em saber se este conceito é puramente uma produção do direito ou se recebe deste unicamente seu reconhecimento, como dado pré-jurídico. Concordamos com a opinião de Tavares, de que o bem jurídico tem um substrato de realidade natural, uma vez que produz no contexto de uma relação social concreta, com todas as contradições que esta realidade encerra⁸⁶. (TAVARES *apud* CERVINI, 2009, p. 48)

⁸⁶ *Ha expresado Juarez Tavares que, en términos generales, el bien jurídico ha suscitado innumerables posiciones. El principal enfoque que envuelve las discrepancias reside en saber si ese*

Nessa perspectiva, impõe-se reconhecer que a ordem econômica, tida como um conjunto de normas ou de regulamentos, não possui existência própria no mundo real, ou seja, existência pré-jurídica. Ao contrário, existe porque foi criada pelo próprio direito. Isso significa que, tomada nesse sentido, ela não pode ser elevada à categoria de bem jurídico penal, uma vez que o processo de criminalização de qualquer fato encontra-se condicionado pela preexistência do objeto tutelado no mundo real.

A grande questão que se coloca aqui é a de identificar qual o bem jurídico protegido pelo Direito penal econômico. A ordem econômica é mesmo o bem jurídico tutelado por esse ramo do direito, porém entendida em sentido diverso. Ocorre que a expressão “ordem econômica”, de significado ambíguo, vem sendo adotada, em sede de Direito penal econômico, em sentido equívoco, isto é, como um conceito normativo. É fundamental tomar como base, na identificação do objeto de tutela dos tipos penais econômicos, as estruturas ontoaxiológicas, que dizem respeito à vida econômica. Dessa forma, a ordem econômica, no âmbito criminal, deve ser compreendida como o modo de ser empírico de determinada economia concreta, que apresenta uma dada organização.

Esclarecedores os ensinamentos de Vital Moreira, citado por Eros Roberto Grau, a respeito das distintas conotações que a expressão ordem econômica apresenta:

- em um primeiro sentido, ‘ordem econômica’ é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico com o fato;
- em um segundo sentido, ‘ordem econômica’ é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta) qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc), que respeitam a regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômico.

concepto es puramente una producción del derecho o recibe de éste únicamente su reconocimiento, como dato pre-jurídico.

Compartimos con el citado Tavares que el bien jurídico tiene un substracto de realidad natural, no porque resulte de un supuesto derecho natural, sino porque se produce en el contexto de una relación social concreta, con todas las contradicciones que esa realidad encierra. (Tradução livre).

– em um terceiro sentido, ‘ordem econômica’ significa ordem jurídica da economia. (MOREIRA, *apud* GRAU 1991, p. 69)⁸⁷

Ao proceder à análise das considerações *supra*, devemos nos ater em duas das distinções apontadas: ordem econômica como ordem de fato e como ordem jurídica. No primeiro sentido, o conceito designa uma realidade do mundo do ser, enquanto no terceiro sentido, a expressão corresponde a um conjunto de regras jurídicas que regulam a vida econômica – mundo do dever ser⁸⁸.

Por tudo que foi visto no subitem 3.2.4, a respeito de bem jurídico, entende-se que, no âmbito do Direito penal econômico, a expressão “ordem econômica” deve ser adotada no primeiro sentido, ou seja, designando a realidade da vida econômica, relativa a determinado país, em certa época. Isso porque essa expressão, ao ser utilizada como termo de conceito de fato, se apresenta como um bem existencial, preexistente ao Direito, que, valorado positivamente como indispensável à vida em sociedade, pode ser legitimamente protegido pela norma penal.

O Direito penal econômico, ao tutelar a ordem econômica (mundo do ser), protege os fatores econômicos concretos⁸⁹ que integram a estrutura econômica nacional, ou seja, tudo aquilo que concorre, na realidade econômica, para a criação de riqueza. Quais seriam estes fatores? A produção, circulação, distribuição ou comercialização de bens ou serviços, ou seja, as formas de atividade econômica, realizadas na economia de mercado, de forma regular e ordenada. Cumpre ressaltar, porém, que determinada conduta delitiva não pode ser qualificada como crime econômico, simplesmente em razão de ter sido praticada no contexto e no âmbito de uma atividade econômica. Na elucidativa formulação de Bacigalupo, citado por Édson Luís Baldan, somente podem ser considerados delitos econômicos

⁸⁷ Eros Roberto Grau enfatiza a referida distinção, ao afirmar que na Constituição Federal de 1988 é possível distinguir os dois sentidos atribuídos a expressão ordem econômica (ordem jurídica e ordem de fato): “No art. 170 da Constituição de 1988, a expressão ordem econômica é usada [...] para indicar o modo de ser da economia brasileira, a articulação do econômico, como fato, entre nós (isto é, ordem econômica como conjunto das relações econômicas). Analisando, porém, com alguma percuciência o texto, o leitor verificará que o art. 170 da Constituição assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social [...]. Note-se que no derradeiro sentido (mundo do dever ser) volta a expressão a ser usada pelo texto constitucional, no parágrafo 5º do seu art. 173.” (GRAU, 1991, p. 70)

⁸⁸ Essa ordem econômica encontra-se na Constituição, estando ainda completada pela legislação infraconstitucional.

⁸⁹ Na opinião de Quinteto Olivares *apud* Baldan (2012, p. 116), o objeto de proteção do Direito Penal Econômico seria o equilíbrio do sistema em seu concreto funcionamento.

aqueles comportamentos que “põem em perigo a própria existência da ordem econômica e as formas de atividade dessa ordem econômica”. (BACIGALUPO, *apud* BALDAN, 2012, p. 127)

Para Luciano Anderson de Souza,

o conceito Direito Penal Econômico refere-se diretamente à tutela do justo equilíbrio da produção, circulação e distribuição de riquezas entre os cidadãos, consubstanciando-se num controle social do mercado conforme o modelo econômico adotado. (SOUZA, 2012, p. 60)

Por sua vez, João Marcello de Araújo Júnior enfatiza: “Daí um novo bem jurídico: a ‘ordem econômica’, que possui caráter supra-individual e se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais.” (ARAÚJO JÚNIOR, 1995, p. 36)

Dessa forma, não se trata, por meio do Direito penal econômico, de se proceder à tutela de normas jurídicas ou de meras funções estatais, mas da própria atividade econômica, autêntico bem jurídico de caráter supraindividual. Adequando ambos os conceitos, de Direito penal econômico e de ordem econômica, considerada como um conceito do mundo do ser, chega-se a um novo conceito de Direito penal econômico: um conjunto de normas penais que tutelam a atividade econômica, de modo que esta possa ser realizada de forma ordenada, regular e equilibrada, voltada para a melhoria das condições sociais e para a livre realização e desenvolvimento da pessoa humana⁹⁰.

⁹⁰ Cumpre ressaltar a diferença entre o conceito amplo de ordem econômica, proposto por Tiedemann (1986) e adotado por grande parte da doutrina nacional e estrangeira, e aquele aqui proposto. Enquanto o primeiro se refere ao conjunto de normas jurídicas que regulam atividade econômica – conceito do mundo do dever ser, o conceito proposto se refere à própria atividade econômica – conceito do mundo do ser.

4 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Como realçado, o Direito penal econômico tem como objeto de tutela a ordem econômica, o bem jurídico supraindividual, metaindividual ou difuso. Na verdade, o que define o Direito penal econômico é precisamente a autonomia do bem jurídico tutelado, caracterizado pela sua natureza supraindividual.

É exatamente nessa direção que tem caminhado o Direito penal na atualidade, ou seja, afastando-se do Direito penal clássico, arraigado a bens jurídicos com referentes individuais, para tutelar bens jurídicos supraindividuais⁹¹. Assim, o Direito penal, acostumado a proteger bens jurídicos individuais, acabou por expandir suas áreas já contempladas de atuação, passando a tutelar, também, os bens jurídicos supraindividuais.

Essa tendência expansionista do Direito penal atual decorre, em grande parte, do modelo específico de organização político-jurídica adotada pela maioria dos países ocidentais, qual seja, o Estado democrático e social de direito⁹². Conforme tratado no subitem 3.2.3.1.4, a concepção social de Estado faz sentir seus efeitos quanto ao conteúdo do Direito penal, passando este a tutelar, além dos bens jurídicos de cunho estritamente individual, característicos de um Estado liberal, também aqueles que têm como suporte valores transindividuais e coletivos – por exemplo, a ordem econômica, o meio ambiente e a cultura.

Na elucidativa formulação de Paulo José da Costa Júnior:

O ordenamento do estado de direito clássico, ou seja, de uma instituição que buscava declaradamente a 'virtude', ofertava aos cidadãos – a todos os cidadãos – uma garantia formal e constante dos direitos do homem e de suas liberdades fundamentais, mas não se preocupava em ocupar-se de suas 'necessidades'. Condicionado pela entusiasmante perspectiva da economia industrial, originariamente o ordenamento do estado de direito estava ligado ao mito do progresso econômico, demonstrando, via de

⁹¹ Assinala Guilherme Guedes Raposo: "De fato, se em período anterior o núcleo do sistema penal era marcada essencialmente por comportamentos lesivos a bens individuais e concretos, como a vida e o patrimônio, nos últimos anos tem havido um considerável aumento da tipificação de condutas lesivas a interesses transindividuais e abstratos." (RAPOSO 2011, p. 142)

⁹² "É evidente que hoje a teoria do Estado que deve figurar como referente do sistema jurídico em geral, e do penal em particular, não pode ser de modo algum a do Estado liberal de direito, mas só – necessária e obrigatoriamente –, como nos ensinou e devemos agradecer a Mir Puig, a teoria do 'Estado social e democrático de Direito', da qual ele partiu para derivar seu sistema jurídico-penal e que deve ser compreendida como uma referência indispensável para a definição do método." (MARTIN, 2005, p. 138)

consequência, mesmo nesse setor, um apego dogmático aos princípios liberais da tutela integral da propriedade, da liberdade ampla de qualquer iniciativa em qualquer campo e às suas respectivas garantias, que podem ser resumidas numa concepção de aparato social como órgão de defesa daqueles princípios. Essa ideia terminava, todavia, por limitar 'o espírito dinâmico do liberalismo no quadro restrito de um sistema social', que é o sistema burguês. Mesmo o direito penal da primeira metade do século reproduz de modo fiel tais esquemas. Em seu aspecto de garantia, de fato, apresenta-se o ordenamento como escudo protetor apenas de bens e valores egoisticamente individuais, ou de bens e valores estatais sobre os quais pesa a presunção absoluta de constituírem meio indispensável à realização dos primeiros. As legislações penais da época prescindem, em suma, de dispensar qualquer atenção efetiva aos bens sociais. [...]

O surgir e o afirmar-se de uma concepção 'social' do Estado e dos direitos dos cidadãos geraram notáveis transformações nas ordenações internas. De um lado, com efeito, entre os direitos da pessoa, ganhou relevo pouco a pouco a defesa da pessoa social e, coerentemente, as liberdades individuais foram perdendo aquele traço egoístico que as caracterizava, para assumirem uma dimensão que constitui garantia de expansão social. De outra parte, afirma-se um novo princípio objetivo de solidariedade, em nome do qual se reconhecem justas e consideráveis limitações ao exercício de alguns direitos fundamentais e, em especial, dos direitos de propriedade e de livre iniciativa econômica. [...]

A verdade é que mutações radicais econômicas e sociais, bem como a situação diversa, espiritual e política, apresentada em muitos países no derradeiro pós-guerra, impuseram aos legisladores reavaliar o papel do homem no contexto social. A necessidade de definir em novos termos o relacionamento entre o homem isolado e a coletividade tem levado, sobretudo no campo penal, a uma reconstrução na ordenação dos bens jurídicos, na qual se atenua e se apaga a contraposição tradicional entre uma perspectiva individualista e outra coletivista, para dar lugar a uma imagem social do homem.

O direito penal assimila dessa maneira o sistema axiológico pelo qual se regem as novas Constituições, garantindo e reconhecendo, ao lado dos valores tradicionais, como aqueles da propriedade e da liberdade econômica, valores novos, como aqueles da capacidade para o trabalho ou do desfrute de um ambiente sadio. Nasce, assim, as bases para a criação de um verdadeiro direito penal social, isto é, de um direito penal que oferece sustento e proteção aos valores do homem que opera em sociedade. (COSTA JUNIOR, 1996, p. 39)

A expressão "expansão do Direito penal", porém, quando utilizada pela doutrina, refere-se a um fenômeno específico, qual seja, os efeitos experimentados na atualidade pelo Direito penal em decorrência da consolidação da sociedade de risco⁹³. A compreensão desse fenômeno é indispensável para o estudo do Direito penal na atualidade.

⁹³ "É importante ressaltar que a percepção dos fenômenos da sociedade do risco e do Estado preventivo e a gama de pressão que exercem sobre o sistema penal emergem justamente ao lado de uma tendência cada vez mais progressiva de orientar o discurso dogmático-penal à realidade dos problemas sociais." (MACHADO, 2005, p. 92)

4.1 Sociedade de risco

A sociedade pós-industrial⁹⁴ em que vivemos caracteriza-se como uma sociedade de riscos. Tal modelo social foi desenvolvido, dentre outros, pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986. (BECK, 2010)

A sociedade de risco é resultado do desenvolvimento do modelo econômico que surgiu na Revolução Industrial, no qual a produção de bens se dá por meio de um sistema de livre mercado. A respeito do referido modelo econômico, observa Pierpaolo Cruz Bottini:

A base do modelo de produção da sociedade atual é a busca por inovações. A estrutura das relações econômicas exige o emprego de esforços constantes na modernização, na descoberta de novas tecnologias que permitam maior produtividade a um custo menor. O desenvolvimento econômico é pautado e estruturado pela rapidez com que as inovações são apresentadas, e a própria sobrevivência empresarial, em um sistema capitalista de mercado, exige a adaptação constante, sob pena de obsolescência e perecimento. (BOTTINI 2007, p. 46)

Ocorre que a produção de riqueza, bem como a manutenção do atual modelo econômico, apresenta, como consequência inevitável a produção social de riscos artificiais, ou seja, de riscos produzidos pela atividade do homem. Esses riscos emergem na condição de efeitos colaterais de processos científicos e industriais, resultados do intenso desenvolvimento técnico-econômico da sociedade moderna⁹⁵. A esse respeito, leciona Pierpaolo Cruz Bottini:

Do descompasso entre surgimento de inovações científicas e o conhecimento das consequências de seu uso surge a incerteza, a insegurança, que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva. O risco, fator indispensável ao desenvolvimento econômico de livre mercado, passa a ocupar papel central no modelo de organização social. O risco torna-se figura crucial para a organização coletiva, passa a

⁹⁴ O fim do século XIX marca o fim da sociedade industrial clássica. A partir do século XX, a sociedade industrial clássica assumiu nova forma, denominada por Ulrich Beck de sociedade (industrial) de risco ou sociedade pós-industrial. (BECK, 2010). De acordo com o autor, "assim como no século XIX a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social." (BECK, 2010, p. 12)

⁹⁵ "São riscos da modernização. São um produto de série do maquinário industrial do progresso." (BECK, p. 26)

compor o núcleo da atividade social, passa a ser sua essência. Surge a sociedade de riscos. (BOTTINI, 2009, p.33)⁹⁶

Mas quais são, concretamente, os riscos decorrentes da modernidade? Podemos citar como exemplo acidentes com lixo tóxico, a presença de resíduos tóxicos nos alimentos, ameaça nuclear, danos à natureza, dentre muitos outros⁹⁷.

Afirma Ulrich Beck:

O que era inofensivo acaba revelando-se como perigoso – vinho, chá, macarrão etc. Fertilizantes convertem-se em venenos de longa duração com efeitos que se estendem mundialmente. As anteriormente celebradas fontes de riqueza (energia atômica, indústria química, tecnologia genética etc.) transformam-se em imprevisíveis fontes de perigo. A evidência dos perigos oferece cada vez mais resistência aos habituais procedimentos de minimização e encobrimento. (BECK 2010, p. 62)

Importante ressaltar que os riscos não são uma invenção da modernidade, uma vez que sempre estiveram presente na atividade humana. Porém, os riscos atuais, característicos do modelo social pós-industrial, apresentam uma nova dimensão: dizem respeito a danos não delimitáveis e que ameaçam toda a humanidade. Podemos afirmar que, seguindo a tendência globalizante, os riscos também se globalizaram. Demais disso, enquanto os riscos pré-industriais eram oriundos de fatores externos à sociedade, decorrentes de eventos naturais, os riscos atuais são criados pela própria organização social, relacionados ao desenvolvimento científico-tecnológico.

Nas palavras de Pierpaolo Cruz Bottini,

a produção, as fontes de energia, o consumo de produtos não envolviam tecnologias complexas e não interferiam na construção das expectativas da vida em comum. Os riscos do passado caracterizavam-se pela pessoalidade, pela regionalidade, pela concretude e pela facilidade de

⁹⁶ Jesús-María Silva Sánchez assim conceitua sociedade de risco: "Uma sociedade na qual os riscos se referem a danos não delimitáveis, globais e, com frequência, irreparáveis; que afetam a todos os cidadãos; e que surgem de decisões humanas" (SILVA SÁNCHEZ, 2011a, p. 35). De acordo com Marta Rodríguez de Assis Machado, "a teoria da sociedade mundial do risco parece nascer com a percepção social dos riscos tecnológicos globais e de seu processo de surgimento até então despercebido. É uma teoria política sobre as mudanças estruturais da sociedade industrial e, ao mesmo tempo, sobre o conhecimento da modernidade, que faz com que a sociedade se torne crítica de seu próprio desenvolvimento." (MACHADO, 2005, p. 31)

⁹⁷ Alerta Ulrich Beck: "Quem se dá conta de que seu chá de cada dia contém DDT e sua recém-adquirida cozinha contém formaldeído?" (BECK 2010, p. 64)

medição ou previsão. Logo, não é a existência do risco que caracteriza a sociedade atual, mas a nova dimensão deste risco. (BOTTINI, 2007, p. 33)⁹⁸

Tais riscos, que hoje ameaçam a sociedade global, foram produzidos durante todo o período de desenvolvimento industrial e técnico-econômico, sob uma perspectiva de aparente normalidade. Mas a percepção negativa das atividades produtivas somente emergiu na atual etapa da modernidade⁹⁹.

Marta Rodriguez de Assis Machado considera que

Muitos dos perigos que antes eram invisíveis tornaram-se explícitos, como é o caso, por exemplo, dos danos à natureza e dos acidentes envolvendo substâncias tóxicas. O final desse período de latência é atribuído a duas causas, que se condicionam e se complementam: a intensificação da produção das situações do risco e o incremento de percepção pública sobre eles. (MACHADO 2005, p. 75)

Ulrich Beck assevera:

A fase de latência das ameaças do risco chega ao fim. As ameaças invisíveis tornam-se visíveis. Os danos e destruições infligidos à natureza já não se realizam apenas na esfera inverificável das cadeias de efeito químico-físico-biológicos, mas aguilhoam de modo cada vez mais pungente os olhos, o nariz e os ouvidos. Apenas os fenômenos mais chamativos: a esqueletização das florestas que avança a passos largos, as águas interiores e os mares cobertos de espuma, carcaças de animais besuntados de óleo, *smog*, erosão arquitetônica de edifícios e monumentos decorrentes da poluição, a sucessão de acidentes, escândalos e catástrofes causadas

⁹⁸ No mesmo sentido, Renato de Mello Jorge Silveira: "Se de um lado torna-se fato terem sempre existido riscos impostos ao homem, por outro, tais riscos nunca se deram na proporção atual. Seguramente, os níveis de mortalidade e perigo impostos à humanidade nunca atingiram, em espaço temporal tão curto, igual proporção. De fato, os riscos ao indivíduo hoje são muito menores do que na Idade Média, onde o risco à vida era uma constante. Mas, a partir da industrialização e, notadamente, após a chamada pós-industrialização, eles, em termos coletivos, em muito, se majoraram. Aparecem, assim, novas situações até então desconhecidas, onde toda a existência e estrutura social se veem abaladas. Nunca, enfim, este mesmo homem fez tão mal aos integrantes da mesma espécie. Clara é a situação imposta pelo progresso." (SILVEIRA, 2006, p. 37)

⁹⁹ De acordo com Ulrich Beck, "dissemina-se a consciência de que as fontes de riqueza estão 'contaminadas' por 'ameaças colaterais'. Isto, de forma alguma, é algo novo, mas passou despercebido por muito tempo em meio aos esforços para superar a miséria." (BECK, 2010, p. 25). Destaca Renato de Mello Jorge Silveira: "Nessa idealização de sociedade de risco pós-industrial, são confirmadas, também, uma valoração atenta de novos fenômenos criminais por parte dos cidadãos, uma sensibilidade mais refinada na apreciação do problema ambiental em suas variadas facetas (ar, água, solo), maior atenção na utilização dos recursos, mais acurada atenção à gestão global dos sistemas produtivos, uma consciência mais madura do correto exercício da liberdade econômica e uma equilibrada disciplina dos fatores de produção e dos mecanismos idôneos para garantir racional e equitativa distribuição de rendas, resultando, pois, em um correto e ponderado sistema fiscal e uma utilização dos frutos dos tributos." (SILVEIRA 2003, p. 67)

por materiais tóxicos, assim como a respectiva cobertura da mídia a respeito. Os balanços da presença de substâncias poluentes e tóxicas nos alimentos e nos bens de consumo tornam-se cada vez mais extensos. (BECK, 2010, p. 66)

Dessa forma, a própria sociedade pós-industrial se vê como sociedade do risco¹⁰⁰ e se põe em busca de soluções¹⁰¹. Afirma Marta Rodriguez de Assis Machado que “essa consciência sobre a questão do risco, ao ter sido largamente massificada e midiaticada, tornou-se um drama público, carente de respostas e soluções de controle”. (MACHADO, 2005, p. 22)

Por fim, cumpre ressaltar que os riscos derivam de decisões humanas, tomadas no âmbito industrial ou técnico-econômico¹⁰². A esse respeito, leciona Ulrich Beck:

A sociedade de risco é, em contraste com todas as épocas anteriores (incluindo a sociedade industrial), marcada fundamentalmente por uma carência: pela impossibilidade de imputar externamente as situações de perigo. À diferença de todas as culturas e fases de desenvolvimento social anteriores, que se viam confrontadas a ameaças das mais variadas formas, atualmente a sociedade se vê, ao lidar com riscos, confrontada consigo mesma. Risco são um produto histórico, a imagem especular de ações e omissões humanas, expressão de forças produtivas altamente desenvolvidas. Nessa medida, com a sociedade de risco, a autogeração das condições sociais de vida torna-se problema e tema. Se os riscos chegam a inquietar as pessoas, a origem dos perigosos já não se encontrará mais no exterior, no exótico, no inumano, e sim na historicamente adquirida capacidade das pessoas para a autotransformação, para a autoconfiguração e para a autodestruição das condições de reprodução de toda a vida neste planeta. Isto significa,

¹⁰⁰ De acordo com Hannah Arendt, “se se fizerem duas simples perguntas a um membro dessa geração: ‘Como você quer que seja o mundo em cinquenta anos?’ e ‘O que você quer que seja a sua vida daqui a cinco anos?’, as respostas serão quase sempre precedidas por: ‘Desde que ainda haja um mundo’ e ‘Desde que eu ainda esteja vivo’. Nas palavras de George Wald, ‘aquilo com que nos defrontamos é uma geração que de forma alguma está segura de ter futuro’. Pois o futuro, segundo Spender, é como uma ‘bomba relógio enterrada, cujo tique-taque soa no presente.’ (ARENDR, 2001, p. 22). Consoante salienta Jesús-María Silva Sánchez, “desde logo, deve ficar claro que o emprego de meios técnicos, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são ainda desconhecidos e, em última análise, manifestar-se-ão anos depois da realização da conduta, introduzem um importante fator de incerteza na vida social. O cidadão anônimo diz: ‘Estão nos matando, mas não conseguimos ainda saber com certeza nem quem, nem como, nem a que ritmo.’ (SILVA SÁNCHEZ, 2011a, p. 37)

¹⁰¹ “Ao mesmo tempo em que setores econômicos, políticos e sociais enaltecem e incentivam o desenvolvimento tecnológico acelerado e dinâmico, aplicam e aprimoram instrumentos para a redução da velocidade desse mesmo desenvolvimento, no sentido de reduzir os riscos a eles atrelados.” (BOTTINI, 2007, p. 50).

¹⁰² Observa Marta Rodriguez de Assis Machado: “De maneira geral, quando os teóricos da sociedade do risco aludem ao risco como fenômeno social estrutural da sociedade contemporânea, estão pensando em risco que têm suas causas e origens em decisões e comportamentos humanos, produzidos durante a manipulação dos avanços tecnológicos.” (MACHADO, 2005, p. 39)

contudo: as fontes de perigos já não são mais o desconhecimento, e sim o conhecimento, não mais uma dominação deficiente, e sim uma dominação aperfeiçoada da natureza, não mais o que escapa ao controle humano, e sim, justamente o sistema de decisões e coerções objetivas estabelecido com a era industrial. (BECK, 2010, p. 275)

Essa constatação revela que se o risco decorre do comportamento humano pode este ser controlado por mecanismos de gestão de risco. Por essa razão, a sociedade de risco se orienta no sentido da prevenção e controle dos riscos. Definições de risco ativam responsabilidades, gerando o dever de preveni-los¹⁰³. A sociedade de risco conduz, assim, ao Estado de prevenção.

Nesse contexto e diante da constatação das limitações estruturais dos mecanismos institucionais utilizados até agora pelo Estado para controlar os riscos¹⁰⁴, a atuação do Direito penal é socialmente reclamada em determinados setores especialmente propensos à produção de riscos a importantes bens e interesses fundamentais para a vida em comum¹⁰⁵.

4.1.1 O Direito penal como fonte de gerenciamento de riscos

O Direito penal tem se destacado como importante instrumento de controle de riscos¹⁰⁶. A respeito da demanda pela expansão do Direito penal sobre novos riscos¹⁰⁷, destaca Marta Rodriguez de Assis Machado:

¹⁰³ "A procedência humana do risco abre caminho, portanto, para a coerção de comportamentos que apresentem periculosidades maiores do que as permitidas, fora dos parâmetros indicados pelo gestor público." (BOTTINI 2007, p. 36)

¹⁰⁴ "Os novos riscos – que não puderam ser antevistos, calculados ou reparados – evidenciaram que todos os mecanismos de previsão e ordem da primeira modernidade falharam em seus objetivos de segurança. Decorre disso a deslegitimação da ciência, das instituições de controle e dos mecanismos do seguro, que estenderam suas garantias sobre os mais variados campos sociais e foram pouco eficientes para proteger a sociedade dos efeitos desses novos fenômenos. Ao contrário, tais instituições são hoje acusadas de ter contribuído e legitimado o surgimento de ameaças tecnológicas em larga escala." (MACHADO, 2005, p. 200)

¹⁰⁵ Ulrich Beck destaca: "O clamor por comando político volta a retumbar ameaçador. A ânsia por uma 'mão forte' cresce na medida em que o indivíduo vê o mundo vacilar à sua volta." (BECK, 2010, p. 332)

¹⁰⁶ Assinala Marta Rodriguez de Assis Machado: "É importante ressaltar que as novas condutas geradoras de riscos que se pretendeu incriminar foram agrupadas sob a denominação, conferida por Hassemer, de criminalidade moderna. Isso porque as novas atividades ilícitas, dadas as suas peculiaridades, devem ser diferenciadas da chamada criminalidade de massa, que é a criminalidade do dia-a-dia, como assaltos de rua, furtos, arrombamentos de residências, sequestros, comércio de drogas, delinquência juvenil etc. De fato, a criminalidade moderna, que pode ser exemplificada pela criminalidade econômica, pela criminalidade ambiental, pelo crime organizado, pelo comércio

Como vimos, no marco da sociedade mundial do risco, o surgimento de novas situações arriscadas, as incertezas e inseguranças criadas pelos riscos tecnológicos determinam uma crescente demanda social por segurança, que se revela normativa e substancialmente direcionada ao sistema penal. Isso é frequentemente associado a uma série de explicações. Inicialmente, aduz-se que a gravidade e a dimensão dos novos riscos, capazes de causar ondas de destruição massiva, justificam que se recorra ao mais grave instrumento de tutela jurídica, qual seja, o direito penal. A esse respeito, vale lembrar a perplexidade de Beck ao se referir a um sistema legal que regula e persegue os riscos menores, mas se mantém inerte e, até mesmo, legaliza os de grandes proporções. Em segundo lugar, identifica-se que a relação de desconfiança estabelecida no que se refere à ciência, responsável pela criação de novos riscos, legitima o abandono das soluções para gestão dos riscos ligados a ela, para se reivindicar a intervenção punitiva do Estado nessa seara. Ademais, se, nos termos da definição de Beck, os riscos tecnológicos podem sempre ser remetidos a decisões humanas, cresce a tendência a deixá-los como acidentes fortuitos para encará-los como injustos. (MACHADO 2005, p. 93)

A expansão do Direito penal¹⁰⁸, nos dias atuais, pode ser percebida por diversos fenômenos. A legislação penal amplia os campos de proteção a bens jurídicos de titularidade coletiva ou difusa, incidindo em contextos genéricos, tais como o meio ambiente e o sistema econômico. Outro aspecto que revela a tendência expansionista do Direito penal é a significativa utilização de tipos penais de perigo abstrato¹⁰⁹. A criminalização de condutas por meio dessa técnica visa à antecipação da incidência da norma, para afetar condutas antes da ocorrência de qualquer dano ao bem jurídico protegido. Nesse contexto, a ação penalmente relevante não é a que causa um resultado danoso, mas aquela que cria um risco

internacional de armas etc., comporta uma estrutura diferenciada, descrita por Hassemer com base nas seguintes características: não tem vítimas individuais, ou melhor, as vítimas individuais só existem de forma mediata; atinge bens jurídicos supraindividuais e vagos; os danos causados têm pouca visibilidade à primeira vista; suas formas de concretização são civis, ou seja, não corre sangue; e, por fim, sua operação caracteriza-se pela internacionalidade, pela profissionalidade e pela divisão do trabalho.” (MACHADO, 2005, p. 97)

¹⁰⁷ Observa Renato de Mello Jorge Silveira: “Contraopondo a tendência presente nos anos 50 e 60, onde fora notado movimento de descriminalização de condutas, os anos 70, 80 e 90 são marcados por uma clara expansão do Direito Penal, mais especificamente quanto a um chamado ‘Direito Penal de risco’.” (SILVEIRA, 2003, p. 121).

¹⁰⁸ De acordo com Jesús-María Silva Sánchez, “tal ‘expansão’ é por certo, uma característica inegável do Código Penal espanhol de 1995 [...]. Em todo o caso, o legislador de 1995, de fato, não pode subtrair-se nem sequer a um reconhecimento expresso – ainda que parcial – desse fenômeno, ao aludir na Exposição de Motivos do texto legal à existência de uma ‘antinomia entre o princípio da intervenção mínima e as crescentes necessidades de tutela em uma sociedade cada vez mais complexa’, antinomia que se revolveria no texto segundo o próprio legislador, ‘dando prudente acolhida a novas formas de delinquência, mas eliminando, ao mesmo tempo, figuras delitivas que perderam sua razão de ser’.” (SILVA SÁNCHEZ, 2011a, p. 28)

¹⁰⁹ “Assim, a combinação da introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo ‘delito de lesão de bens individuais’ ao modelo ‘delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais’, passando por todas as modalidades intermediárias.” (SILVA SÁNCHEZ, 2011a, p. 146)

relevante para o bem jurídico tutelado. A respeito dos crimes de perigo abstrato leciona Pierpaolo Cruz Bottini:

Sua relação com os riscos da atualidade é evidente: afinal, o deslocamento do injusto do resultado para a conduta reflete uma preocupação do gestor de riscos (no caso o legislador penal) com a prevenção e com a necessidade de evitar o perigo, como forma de garantir, de forma mais eficaz, a proteção aos bens eleitos como indispensáveis à vida em comum. (BOTTINI, 2007, p. 94)

Verifica-se, ainda, a forte tendência de flexibilização das regras de causalidade e de imputação de responsabilidades, bem como a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes.

Limitou-se, aqui, entretanto, à análise do aspecto que importa diretamente ao desenvolvimento deste trabalho: os bens jurídicos supraindividuais.

4.1.1.1 Bens jurídicos supraindividuais

É de se constatar, na atualidade, a tendência claramente dominante na legislação penal no sentido de introduzir novos tipos penais por meio dos quais são protegidos bens jurídicos universais ou supraindividuais¹¹⁰.

Tal tendência, que teve início com a adoção do modelo do Estado Social¹¹¹, acentuou-se com as recentes demandas preventivas da sociedade do risco, voltadas para a proteção de bens supraindividuais, que se viram, de alguma maneira, afetados pela evolução tecnológica.

Segundo Marta Rodriguez de Assis Machado,

ao se pretender oferecer tratamento penal às ameaças criadas pelos novos riscos tecnológicos, logo se verifica que tais situações transcendem a lesão de um bem individual, ligado a uma vítima bem definida. Assim, se os riscos tecnológicos e seus efeitos macrossociais direcionaram a preocupação da sociedade à proteção dos interesses supra-individuais, universais ou coletivos, também o direito penal foi chamado a intervir nessa área. Como se analisará a seguir, tal processo impulsionou uma mudança consistente

¹¹⁰ Destaca Winfried Hassemer: "Por parte da Política criminal é notável a tendência de levar em consideração como objeto de proteção dos bens jurídico-penais, menos o interesse clássico de cada um – como a liberdade, a honra e a saúde -, senão muito mais os interesses de uma 'moderna', complexa e entrelaçada sociedade: a proteção dos bens jurídicos modernos é a proteção de bens jurídicos universais descritos do modo mais diverso possível." (HASSEMER, 2005, p. 360)

¹¹¹ Ver subitem 3.2.3.1.4.

no aparato penal: de um padrão de proteção a bens individuais para um modelo de intervenção penal que se ocupa das questões supra-individuais. (MACHADO, 2005, p. 102)

Cumprido ressaltar, inicialmente, que os conceitos “bem supraindividual”, “bem metaindividual”, “bem transindividual”, “bem difuso” e “bem universal” foram utilizados neste trabalho como sinônimos, embora haja discussão doutrinária no sentido de distingui-los¹¹². O que aqui se configura realmente essencial, nos limites deste trabalho, é a constatação de que todos têm como traço comum o fato de não pertencerem a um indivíduo particularmente considerado, mas de terem a titularidade compartilhada por uma pluralidade de sujeitos. São bens que transcendem o individualismo clássico. A ordem econômica, a saúde pública e o meio ambiente são claros exemplos de bens jurídicos universais.

Como se demonstra no capítulo seguinte, é incontestável a importância, no atual estágio de desenvolvimento social, de tutelar os bens de natureza supraindividual¹¹³. Tornou-se majoritária na doutrina, porém, a tese de que a tutela

¹¹² O Código de Defesa do Consumidor dispõe, em seu art. 81, parágrafo único, que são interesses ou direitos difusos, para efeitos daquele Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Já os interesses ou direitos coletivos seriam aqueles, para os efeitos do Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (Cf. BRASIL, 1990). Luiz Flávio Gomes entende que os bens supraindividuais “se subdividem em bens públicos ou gerais ou institucionais (os que pertencem ao Estado ou órgãos ou entidades 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.)” (GOMES, 2002, p. 141). A esse respeito, Luiz Regis Prado: “Os bens jurídicos podem ser individuais e metaindividuais. Dos primeiros é titular o indivíduo, o particular que o controla e dele dispõe, conforme sua vontade. Têm caráter estritamente pessoal ou privado. Já os segundos são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão para além do indivíduo – afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade [...]. Referido autor classifica os bens metaindividuais em: a) bens jurídicos institucionais (públicos ou estatais) nos quais a tutela supraindividual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de direito público (v.g., administração pública, administração da justiça); b) bens jurídicos coletivos que afetam um número mais ou menos determinável de pessoas (v.g., saúde pública, relação de consumo), e c) bens jurídicos difusos que têm caráter plural, indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo (v.g., ambiente, patrimônio e cultura). [...] Mas de qualquer modo, para efeitos de proteção penal, os bens jurídicos coletivos e difusos são em essência equipolentes e suas eventuais diferenças são na verdade de cunho jurídico-formal e não de fundo. Vale dizer: a diferença entre eles é meramente formal, de tratamento jurídico, e não substancial, de conceito.” (PRADO, 2011, p. 113)

¹¹³ Destaca Luiz Regis Prado que os bens jurídicos supraindividuais, “próprios do Estado social de Direito, são primordiais para o desenvolvimento das potencialidades do ser humano como pessoa, bem como sua real integração (social, política, cultural e econômica) em uma coletividade organizada. Numa sociedade complexa e altamente conflituosa, um número crescente de atividades atinge, de um lado, os cidadãos particulares, mas, de outro, também a coletividade, grupos de pessoas cujas relações apresentam peculiaridades e uma importância incomum.” (PRADO, 2011a, p.

penal dos bens jurídicos universais só é possível na condição de que, com isso, se esteja protegendo de maneira mediata interesses individuais. Em outras palavras, bens supraindividuais só merecem proteção penal enquanto condição necessária para o desenvolvimento pessoal do indivíduo¹¹⁴. Tal concepção é denominada teoria monista personalista do bem jurídico. Nesse sentido, Renato de Mello Jorge Silveira: "A legitimidade da proteção desses bens jurídicos sempre é de ser mantida, desde que eles se lastrem nos interesses fundamentais da vida social da pessoa." (SILVEIRA, 2003, p. 57)

4.2 Críticas à expansão do Direito penal

A utilização do Direito penal como instrumento de gerenciamento de riscos é alvo de diversas críticas, cujo argumento principal é a alegação de que os recentes desenvolvimentos do Direito penal em determinados setores sensíveis aos riscos

114). Para Guilherme Guedes Raposo, "a legitimidade da tipificação de comportamentos que afetam determinados bens coletivos e intangíveis de notória essencialidade nos dias atuais – tais como, por exemplo, o meio ambiente e a ordem econômica – é fruto, em primeiro lugar, de uma realidade social marcada pela presença de comportamentos que produzem riscos consideráveis a estes bens, riscos estes que se difundem pelo mundo e que, se concretizados, podem afetar gravemente o convívio social, além de atingir outros bens fundamentais pertencentes a um número incalculável de pessoas." (RAPOSO, 2011, p.146). Luis Luis Arroyo Zapatero entende que *en cualquier caso, hoy nadie pone en duda que el Derecho penal no puede renunciar a la protección de bienes jurídicos universales. La complejidad de la organización social requiere de la protección de una serie de instituciones que son decisivas para la autorrealización del individuo.* (ARROYO ZAPATERO, 1998, p. 2)

¹¹⁴ Observa Luiz Flávio Gomes: "Em uma época em que a socialização e a abusiva intervenção penal são cada vez maiores, não há dúvida de que uma visão crítica do Direito penal pode ser obtida mais facilmente com uma concepção personalista do bem jurídico, que teria um duplo significado: (a) 'desde uma visão antropocêntrica do mundo, os bens jurídicos supra-individuais ou coletivos ou universais só são legítimos enquanto sirvam ao desenvolvimento pessoal do indivíduo', (b) os bens jurídicos supra-individuais ou coletivos devem ser interpretados segundo a concepção personalista, porque 'só uma teoria personalista do bem jurídico pode invocar com legitimidade uma concepção liberal do Estado, é dizer, uma concepção que legitime a ação do Estado desde o ponto de vista da pessoa.'" (GOMES 2002, p. 142). Afirma Juarez Tavares: "[...] a eleição do bem jurídico como categoria pública ou estatal sem consideração aos imediatos interesses ou às condições do sujeito e seus projetos, viola os fundamentos do Estado democrático, amparados na proteção à dignidade da pessoa humana." (TAVARES, 2000, p. 182). Cita-se, ainda, Claus Roxin: "Entretanto, estes (bens jurídicos da generalidade) somente são legítimos quando servem definitivamente ao cidadão do Estado em particular. Isto é assim quando se trata dos bens jurídicos universais transmitidos e reconhecidos em geral. Pode-se observar facilmente que uma administração da justiça organizada e um sistema monetário estável são necessários para o livre desenvolvimento de cada um na sociedade. O mesmo dever de pagar impostos, detestado com frequência pelos cidadãos, não busca o enriquecimento do Estado, mas o benefício do particular que está sujeito às contribuições do Estado que estão financiadas precisamente através dos gravames. Um conceito de bem jurídico pessoal de tais características é a forma correta de expressão de um Estado de Direito liberal, desde o qual parte a minha argumentação." (ROXIN, 2009, p. 19).

tecnológicos importariam a relativização de muitos dos princípios penais garantistas, notadamente o princípio da intervenção mínima. De fato, é possível identificar uma atual e acirrada discussão doutrinária acerca da legitimidade da expansão do Direito penal sobre setores sensíveis aos riscos decorrentes das novas tecnologias.

4.2.1 Escola de Frankfurt

Os autores da Escola de Frankfurt¹¹⁵ oferecem resistência ao movimento expansionista do Direito penal. Partem da premissa de que o Direito penal deve ser limitado ao máximo, utilizado somente para a repressão de ataques violentos a bens jurídicos fundamentais, tais como a vida, a saúde, liberdade e a propriedade.

Como resumo desse ponto de vista, pode-se citar Winfried Hassemer, principal expoente da Escola de Frankfurt, quando assevera:

As novas criminalizações na Parte Especial do Código penal e da legislação extravagante ampliam significativamente o Direito penal e reduzem, assim, na mesma proporção, o significado do Direito penal nuclear. O Direito penal, tendencialmente, deixa de ser uma reação às lesões mais graves às liberdades dos cidadãos para se tornar um instrumento garantidor da política de segurança pública. [...] Nesse contexto se situa também a já mencionada tendência do legislador penal a considerar a criminalização menos como *ultima ratio* do que como *prima* ou até *sola ratio*, e, contrariando o princípio da subsidiariedade, empregar prontamente o Direito penal onde quer que seu emprego possa proporcionar um ganho político. (HASSEMER, 2008, p. 254)¹¹⁶

Winfried Hassemer assevera que, ao desempenhar a tarefa de gestão de riscos, o Direito penal atual acaba por “desmantelar seus limites clássicos” (HASSEMER, 2008, p. 244), uma vez que passa a priorizar a proteção de bens jurídicos universais e a utilizar a modalidade de crime de perigo abstrato.

¹¹⁵ A escola de Frankfurt surgiu do Instituto de Pesquisa Social fundado em Frankfurt, em 1924, ligado à Universidade de Frankfurt. Em 1931, Max Horkheimer assumiu a direção do Instituto e lhe deu uma nova configuração, assumindo a fisionomia de uma escola, que elaborou o programa conhecido como “Teoria crítica da sociedade”. (MEIER, 2010, 449)

¹¹⁶ Ainda em relação ao movimento expansionista do Direito penal, observa Winfried Hassemer: “Atualmente é difícil dizer o que se deve manter deste desenvolvimento. O que merece saudação é a tentativa de manter o contato teórico do Direito Penal com as modernas explicações do desenvolvimento social que ocorre em nossa volta e conosco. Mas seria precipitado o contentamento com o aumento de tarefas significativas com que se tem carregado o Direito Penal. Principalmente a vinculação às normas e aos princípios que marca o Direito Penal, impede a sua transformação em um instrumento eficaz flexível e superficial de orientação social global.” (HASSEMER, 2005, p. 362)

Com relação aos bens jurídicos universais, afirma Winfried Hassemer:

Merecem especial menção os chamados bens jurídicos universais, que, desde longa data, converteram-se num critério decisivo de Política criminal. Esse desenvolvimento ameaça o conceito de bem jurídico e transforma de uma maneira específica o Direito penal orientado para a prevenção. (HASSEMER, 2008, p. 224)

Todavia, reconhece o referido autor a impossibilidade de, na atualidade, se renunciar à tutela de bens jurídicos universais, defendendo que estes devem ser operacionalizados com base em bens jurídicos individuais.

Ademais, Hassemer e seus seguidores se colocam contrários à utilização dos tipos de perigo abstrato, os quais consideram como a forma de delito da modernidade. Defendem o recurso primordial aos tipos de resultado de dano, em detrimento dos delitos de perigo.

Sobre tais premissas, Hassemer propõe a criação de um sistema de direito novo denominado “direito de intervenção”, apto a lidar com situações da sociedade do risco. Elucidativas as palavras do próprio autor:

Poder-se-ia também sugerir que aqueles problemas das sociedades modernas que levaram à modernização do Direito penal fosse disciplinadas por um específico ‘Direito de intervenção’, situado entre o Direito penal e o Direito das contravenções, entre o Direito civil e o Direito administrativo. Decerto, ele poderia contar com garantias e formalidades processuais menos exigentes, mas também seria provido com sanções menos intensas contra o indivíduo. Tal Direito ‘moderno’ seria normativamente menos censurável e, ao mesmo tempo, faticamente melhor equipado para lidar com os problemas específicos da sociedade moderna. (HASSEMER, 2008, p. 262)

Cabe destacar que o Direito de intervenção, tal como proposto por Hassemer, contemplaria normas que atualmente se encontram no Direito penal. Não se trata, pois, de ampliar a intervenção punitiva do Estado, senão reduzi-la.

4.2.2 *Silva Sánchez e o Direito penal de duas velocidades*

Silva Sánchez aponta as transformações na dogmática e na prática penal, tais como a tutela preponderante de bens universais e a criação frequente de tipos

penais de perigo abstrato, decorrentes da utilização do Direito penal como instrumento de gerenciamento de novos riscos. Também demonstra a tensão existente entre o Direito penal do risco e os princípios político-criminais liberais.

Nas palavras de Jesús-María Silva Sánchez,

Agora, também é certo, como indicado, que a demanda social de proteção por meio do Direito Penal provavelmente não se veria satisfeita de um modo funcional com um Direito Penal reduzido ao seu núcleo principal. A ordenada resposta à demanda punitiva deve, pois, resolver-se por intermédio de uma ampliação do Direito Penal no sentido da proteção de interesses que não pertenciam a seu âmbito clássico de aplicação. A seu turno, é mais que provável que tal expansão flexibilize regras de imputação e princípios de garantia; pois, dada a natureza dos interesses objeto de proteção, dita tutela seria praticamente impossível no marco de regras e princípios clássicos. (SILVA SÁNCHEZ, 2011a, p. 188)

Diante do choque entre princípios penais e da ampliação da proteção na sociedade do risco, porém, Silva Sánchez não se manifesta pela redução do Direito penal a um Direito penal nuclear, formado apenas por delitos de lesão a clássicos bens jurídicos individuais, como propõe a Escola de Frankfurt, mas propõe um sistema que tutele os bens coletivos em face dos novos riscos e que, ao mesmo tempo, respeite os princípios de um Estado democrático de direito: o Direito penal de duas velocidades.

Para esse autor, o Direito penal deve ser dividido em dois compartimentos (velocidades): no primeiro, seriam mantidos os bens jurídicos clássicos (vida, saúde, propriedade e liberdade) e as penas privativas de liberdade. Nesse âmbito, deve-se respeitar integralmente as garantias materiais e processuais. Já em um segundo compartimento, seriam tutelados os bens coletivos diante dos novos riscos. Nesse caso, a necessária flexibilização dos princípios garantistas ensejaria a adoção de penas mais brandas (penas patrimoniais ou restritivas de direito) em lugar da privação de liberdade. (SILVA SÁNCHEZ, 2011a)

Resumidamente, leciona Jesús-María Silva Sánchez:

O conflito entre um Direito Penal amplo e flexível e um Direito Penal mínimo e rígido – certamente impossível – deve achar assim uma solução no ‘ponto médio’ da configuração dualista. Com efeito, não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do ‘Direito Penal mínimo’. Mas isso não significa que a situação nos conduza a um modelo de Direito Penal máximo. A função racionalizadora do Estado

sobre a demanda social de punição pode dar lugar a um produto que seja, por um lado, funcional e, por outro lado, suficientemente garantista. Assim, trata-se de salvaguardar o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível dos delitos, aos quais se assinala uma pena de prisão. Em contrapartida, a propósito do Direito Penal econômico, por exemplo, caberia uma flexibilização controlada das regras de imputação, como também dos princípios político-criminais. Tais princípios, efetivamente, são suscetíveis de uma acolhida gradual e, da mesma forma que se da hoje entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, não teriam por que ser integrados em idêntica medida nos dois níveis de Direito Penal, com ou sem penas de prisão. (SILVA SÁNCHEZ, 2011a, p., p. 189)

5 LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO EM FACE DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

A expansão do sistema punitivo dos bens individuais para os bens coletivos e difusos, como visto, é objeto de atual e amplo debate na doutrina penal nacional e estrangeira. Na realidade, a discussão em torno da legitimidade da intervenção penal para tutelar bens jurídicos supraindividuais está centrada no binômio exigência da modernização (expansão) do Direito penal e preservação de garantias fundamentais do cidadão.

Parte significativa da doutrina defende a necessidade de modernização do Direito penal, o qual, no atual estágio de desenvolvimento social, não pode ficar preso à tutela dos valores tradicionais, como aqueles da propriedade e da liberdade, mas deve proteger valores novos, como a ordem econômica¹¹⁷. Aliás, esta é a tendência claramente dominante da legislação penal da atualidade: a ampliação dos campos de proteção a bens jurídicos de titularidade coletiva ou difusa.

Entretanto, conforme já referido, tal concepção encontra resistência de outra parte expressiva da doutrina, em especial, da Escola de Frankfurt, que defende veementemente a restrição da intervenção penal, nos limites da tutela de bens jurídicos individuais.

Diante de tal impasse, impõe-se verificar se a proteção jurídico-penal de interesses difusos, em especial da ordem econômica, é conciliável com um Direito penal garantista. Necessário indagar: A tutela do bem jurídico ordem econômica importa a inobservância do princípio garantista da intervenção mínima? Seria o Direito penal econômico um instrumento legítimo em face do princípio da *ultima ratio*?

¹¹⁷ De acordo com Luciano Feldens, “na senda evolutiva dos fatos sociais, o Sistema Jurídico – referimo-nos, à vista desta terminologia, ao direito positivo, acompanhado da doutrina e da jurisprudência – vem paulatinamente acolhendo novas ordens de direitos, afastando-se, assim, de uma concepção obsoleta a qual, denotando uma espécie de monocultura jurídica, reconhecia como tais apenas aqueles bens ou interesses suscetíveis de apropriação ou invocação individual.” (FELDENS 2002, p. 27). Juarez Cirino dos Santos destaca sua posição: “O critério condutivo do trabalho se alinha na perspectiva de ampliação do sistema punitivo na direção do bloco de classes dominantes da formação social brasileira, criminalizando as ações antissociais características dessa posição de classe, a única que dispõe do poder político, dos recursos financeiros e instrumentais pressupostos na criminalidade econômica, em contraposição à tendência redutora do Direito Penal convencional, que criminaliza seletivamente, comportamentos característicos das classes e categorias sociais dominadas, especialmente os setores marginalizados do mercado de trabalho.” (SANTOS 1982, p. 196)

No desenvolvimento ulterior deste capítulo, procura-se dar respostas a essas questões.

5.1 Princípio da intervenção mínima

De acordo com as teorias constitucionais do bem jurídico, o Direito penal, no processo de tipificação, deve ter como fundamento os princípios fundamentais decorrentes da forma de Estado constitucionalmente estabelecida, bem como os princípios constitucionais penais¹¹⁸.

Os princípios de Direito penal constitucional apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico, estando amparados pelo texto constitucional. Tais princípios têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, fundado em um Direito penal garantista.

O princípio da intervenção mínima, implicitamente previsto na Constituição Federal de 1988¹¹⁹, orienta e limita o poder punitivo do Estado, preconizando que o Direito penal só deve tutelar os bens necessários à plena realização da personalidade de cada homem¹²⁰.

Ademais, o Direito penal, por se valer dos meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas, só pode intervir quando se constituir a *ratio extrema*, o remédio último, o meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Em outras palavras, a presença do Direito penal só se legitima quando os outros ramos do direito se revelam incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes da sociedade¹²¹. Nesse sentido, pode-se afirmar que a

¹¹⁸ Conforme subitem 2.2.3.1.1.

¹¹⁹ “A Constituição vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (artigo 5º *caput*), e põe como fundamentos do nosso Estado democrático de direito, no artigo 1º do inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social.” (LUISI, 2003, p. 40)

¹²⁰ Observa Jorge de Figueiredo Dias: “A violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade.” (DIAS, 1999, 78)

¹²¹ “Assim, a ideia central do princípio da intervenção mínima reside na proteção de bens jurídicos sob a temperança da ‘necessidade’ dessa proteção.” (AMARAL, 2003, p.138)

função do Direito penal reside na tutela subsidiária ou de *ultima ratio* de bens jurídico-penais.

Consoante salienta Claus Roxin,

onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se. Com efeito, para a pessoa atingida, cada pena significa um dano dos seus bens jurídicos cujos efeitos atingem não raro o extermínio da sua existência ou, em qualquer caso, restringem fortemente a sua liberdade pessoal. Consequentemente, e por ser a reação mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar. Se for utilizada quando bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica, carece da legitimidade que lhe advém da necessidade social. (ROXIN, 2004, p. 28)

É possível constatar, como decorrência do princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio*, que para a criminalização de uma conduta ser considerada legítima necessária se faz a presença cumulativa de dois requisitos: capacidade ou dignidade penal do bem jurídico e necessidade de proteção. O bem jurídico será considerado digno de tutela penal quando for absolutamente indispensável ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. A esse requisito deve-se acrescentar ainda outro que torne a criminalização legítima: a necessidade de tutela penal. Necessária será a proteção pelo Direito penal sempre que os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes e inadequados.

Assim, para que se possa proceder à análise da legitimidade do Direito penal econômico em face do princípio da intervenção mínima, tema central deste trabalho, analisa-se, preliminarmente, se a tutela da ordem econômica atende ao princípio da exclusiva proteção do bem jurídico. Posteriormente, verifica-se a presença dos requisitos capacidade e necessidade de proteção do bem jurídico ordem econômica.

5.2 Princípio da exclusiva proteção do bem jurídico

A doutrina majoritária considera que a missão do Direito penal é a proteção de bens jurídicos diante de possíveis lesões ou colocação em perigo. Disso decorre a necessidade inicial de se verificar se a ordem econômica constitui um autêntico bem jurídico. Tal análise se mostra relevante uma vez que parte da doutrina entende que a ordem econômica não pode ser caracterizada como bem jurídico, mas, sim,

como função ou objetivo de caráter político, social e econômico. Impõe então responder a seguinte questão: no Direito penal econômico realmente se protege um bem jurídico?

Conforme exposto no subitem 3.3.1, a ordem econômica consiste no modo de ser empírico de determinada economia concreta, que apresenta uma dada organização (conceito do mundo do ser). De fato, a expressão “ordem econômica” deve ser adotada designando a realidade da vida econômica, ou seja, toda a atividade econômica realizada em determinado país, em certa época. Entendida dessa forma, a ordem econômica se apresenta como um bem existencial, preexistente ao Direito, apta a ser elevada à categoria de bem jurídico penal, desde que valorada positivamente como indispensável à vida em sociedade. Assim, não se trata, por meio do Direito penal econômico, de proceder à tutela de normas jurídicas ou de meras funções estatais¹²², mas da própria atividade econômica, autêntico bem jurídico de caráter supraindividual.

Nesse passo, a observação de Jorge Figueiredo Dias:

Em terceiro e último lugar, fica-se assim aberto à aceitação de uma distinção material – com importantíssimos reflexos dogmáticos e sistemáticos – entre o direito penal clássico ou de justiça, e o direito penal administrativo, extravagante, secundário, ou econômico-social. Num como noutro trata-se da lesão de bens jurídicos e, portanto, de uma ordem legal análoga à ordem axiológica constitucional. Só que os bens jurídicos do direito penal de justiça se relacionam com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, enquanto os do direito penal secundário se relacionam com a actuação da personalidade do homem enquanto fenómeno social, em comunidade e em dependência recíproca dela¹²³.

Importante, tratando-se a ordem econômica de um bem jurídico universal, realçar sua referência eminentemente individual¹²⁴. Com efeito, impõe reconhecer

¹²² Adverte Juarez Tavares: “[...] deve-se descartar da noção de bem jurídico a noção de função, que encerra atividades administrativas do estado, referentes ao controle sobre determinado setor da vida de relação ou de seu próprio organismo”. De seu turno, SOUZA (2012, p. 56) enfatiza que: “[...] tendo em vista que o gravoso ramo jurídico-penal é a *ultima ratio* na proteção de valores fundamentais à convivência social, não pode a compreensão de ordem econômica em seu âmbito identificar-se com uma simples particular forma de intervenção estatal na economia”. (TAVARES, 2000, p. 203)

¹²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro, p. 17-18. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/FDias.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2012.

¹²⁴ Em conformidade com a teoria monista personalista do bem jurídico. A esse respeito, observa Luiz Regis Prado: “Devem ser elevados à categoria de bens jurídicos somente os valores cuja violação implica transgressão de um bem relacionado direta ou indiretamente ao indivíduo e à sociedade. Isso porque, como já destacado, o homem não é concebido em razão do Estado, mas sim o Estado e as demais instituições é que dependem do indivíduo.” (PRADO, 2011, p. 114)

que a regularidade da ordem econômica constitui condição necessária para o livre desenvolvimento pessoal de cada indivíduo na sociedade. O homem e a realidade econômica vivem em relacionamento recíproco e só nesse relacionamento o homem encontra condição de sobrevivência. Demais disso, a tutela da ordem econômica importa a proteção imediata de todos os indivíduos que se situam na posição de agentes econômicos, nas suas mais diversas posições, quais sejam, consumidor, vendedor, produtor, prestador ou tomador de serviços¹²⁵.

Fixados esses pontos preliminares, parte-se para averiguar a capacidade de a ordem econômica ser elevada à categoria de bem jurídico penal.

5.3 Capacidade ou dignidade penal da ordem econômica

Incumbe ao legislador a tarefa de selecionar os bens a serem tutelados pelo Direito penal. Necessária se faz, nesse mister, a valoração da relevância do bem, ou seja, sua significação e importância social¹²⁶. Isso porque, como antevisto, somente os bens jurídicos que apresentem como atributo a indispensabilidade para a vida em comunidade e para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo devem ser objeto de atenção do legislador penal. Nesse ponto, se impõe a seguinte pergunta: Quais os critérios utilizados na seleção dos bens fundamentais da sociedade? Como concretizar o requisito de capacidade de proteção, que se exige dos bens jurídicos no momento de prever sua tutela? Saliente-se, por pertinente, que em um Estado democrático de direito, a determinação dos valores fundamentais da comunidade deve estar delineada na Carta Constitucional¹²⁷. Como ressaltado, é a Constituição

¹²⁵ Nesse sentido, Luciano Anderson de Souza: “A ordem econômica insere-se nesta possibilidade de proteção, consubstanciando-se, como aqui adotado, na estrutura econômica da sociedade, representativa de um valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu livre desenvolvimento. Na medida em que essa estrutura vai possibilitar os meios de subsistência do cidadão, assim como sua realização pessoal pelo trabalho e, porque não, pelo consumo, claramente se mostra como um valor fundamental passível de tutela penal.” (SOUZA, 2012, p. 167)

¹²⁶ Nesse passo, a observação de Miguel Reale Júnior: “Os valores fundamentais da Justiça e da liberdade exigem que o legislador, ao construir as normas incriminadoras, arcabouço do Direito penal, tenha em vista os bens jurídicos considerados dignos de tutela. O bem jurídico preexiste à construção normativa, sendo objeto da escolha do legislador enquanto valor digno de tutela penal.” (REALE JÚNIOR, 2004, p. 28)

¹²⁷ Luiz Regis Prado considera que “essa circunstância é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época. Não cria valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial

Federal a responsável por realizar a valoração dos bens existenciais (dados da realidade), utilizando como critério sua essencialidade à vida social. Dessa forma e em conformidade com as teorias constitucionais do bem jurídico, aqui acolhidas, pode-se afirmar que a eleição dos bens jurídicos fundamentais, merecedores de tutela penal vincula-se ao quadro axiológico delimitado pela Constituição Federal¹²⁸.

Luiz Regis Prado, analisando o bem jurídico-penal e suas relações com a Carta Magna, observa:

A Constituição, sobretudo, em uma sociedade democrática, há de ser o ponto jurídico-político de referência primeiro em tema de injusto penal – reduzido às margens da estrita necessidade – como afirmação do indispensável liame material entre o bem jurídico e os valores constitucionais, amplamente considerados¹²⁹. (PRADO, 2011a, p. 106)

tratamento jurídico.” (PRADO, 2011, p. 99). José Joaquim Gomes Canotilho observa: “Estarem os direitos [e os valores] na Constituição significa, antes de tudo, que beneficiam de uma tal dimensão de fundamentalidade para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a Constituição).” (CANOTILHO 1999, p. 19). Jesús-María Silva Sánchez destaca: “A exigência de uma consagração constitucional, direta ou indireta, dos bens passíveis de proteção jurídica me parece, portanto, plenamente justificada, na medida em que revela que uma intervenção tão intensa sobre o indivíduo como a penal só pode estar justificada em caso de afetação de um elemento essencial da vida em comum, alcançado pelo consenso plasmado na Constituição.” (SILVA SÁNCHEZ, 2011b, p. 417)

¹²⁸ Leciona Márcia Dometila Lima de Carvalho: “Sob essa nova ótica, os bens jurídicos, além da sua natureza individual ou coletiva, passam a ter uma natureza constitucional que os fazem merecedores da proteção penal. É a dignificação constitucional do bem jurídico. Trata-se de atrair, irremediavelmente, para a base fundamental do bem jurídico, que a tipificação delitual e correspondente sanção punitiva visa a proteger, os valores constitucionais, comprometendo, com essa aliança, o Direito Penal – parte integrante do ordenamento jurídico geral – com os fins visados pela Lei Maior.” (CARVALHO, 1992, p. 48). No mesmo sentido, Jorge de Figueiredo Dias ensina: “Logo por aqui se deve concluir que um bem jurídico político-criminalmente vinculante existe ali – e só ali – onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que ‘preexiste’ ao ordenamento jurídico-penal. O que por sua vez significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de se verificar uma qualquer relação de mútua referência. Relação que não será de ‘identidade’, ou mesmo só de ‘recíproca cobertura’, mas de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins. Correspondência que deriva, ainda ela, de a ordem jurídico-constitucional constituir o quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da atividade punitiva do Estado. É nesta acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretização dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais. É por esta via – é só por ela em definitivo – que os bens jurídicos se transformam em bens jurídicos dignos de tutela penal e com dignidade jurídico-penal.” (DIAS, 1999, p. 67). Para Paulo Ferreira da Cunha: “os bens jurídicos acabam por ser aqueles que os penalistas retiram como pedra de toque do conjunto da ordem constitucional vigente, já que, não podendo pautar-se, numa sociedade pluralista e a rondar do anômico, por autônomos valores de pura axiologia, têm de arrimar-se ao apoio constitucional: isto é, terão de ver tais valores pelo óculo ou pelo filtro da sua recepção ético-jurídica na Constituição”. (CUNHA, 1998, p. 89).

¹²⁹ Afirma ainda o mesmo autor: “Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes no Texto Magno. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva.” (CUNHA, 1998, p. 98)

O exposto reforça a ideia de que a legitimidade da intervenção penal somente se verifica quando orientada à tutela de bens jurídicos com supedâneo constitucional. De fato, a ordem de valores constitucionalmente positivados constitui o paradigma do legislador penal infraconstitucional¹³⁰.

É com base nessas constatações que se pode proceder à análise da legitimidade do Direito penal econômico como instrumento de tutela da ordem econômica. Necessário, neste momento, verificar se a eleição da ordem econômica como bem jurídico penal se fez em observância às diretrizes contidas na Constituição e aos valores nela consagrados. Isso porque o sistema penal econômico deve encontrar seu fundamento e legitimidade na Constituição Federal¹³¹.

Com efeito, nossa atual Constituição Federal, no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – elenca os fundamentos e princípios que orientam a atuação estatal na economia. Os valores sobre os quais se fundam a Ordem Econômica estão descritos no *caput* do art. 170, quais sejam, valorização do trabalho humano e livre-iniciativa. No mesmo artigo, nos incisos I a IX, são enunciados os princípios que informam a ordem econômica: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, proteção ao meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, na busca do pleno emprego e favorecimento às empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis nacionais, com sede e administração no Brasil. (BRASIL, 1988)¹³².

¹³⁰ Assevera Márcia Dometila Lima de Carvalho: “Toda norma penal carece de fundamentação constitucional. Portanto, a não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com o espírito que perambula pela Lei Maior, deveria implicar, necessariamente, na descriminalização ou não aplicação da norma penal.” (CARVALHO, 1992, p. 23)

¹³¹ Observa Luciano Nascimento Silva: “trata-se da formulação de um sistema penal econômico fundado na Constituição do Estado, que, em última instância, vai representar um instrumento limitador do *jus puniendi*”. (SILVA, 2010, p. 66)

¹³² “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

Como se vê, a Constituição Federal insere na ordem econômica valores e princípios fundamentais à convivência social e à realização livre e plena da personalidade do indivíduo, circunstância já a denotar sua essencialidade e, portanto, sua capacidade para ser objeto de tutela penal. Demais disso, a relevância do principal objetivo imposto, qual seja, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, espanca qualquer dúvida no sentido de que pela nova Carta constitucional a ordem econômica foi elevada à condição de bem jurídico fundamental.

A respeito da importância dos valores sobre os quais se fundam a ordem econômica, Leonardo Sica conclui:

É perceptível a altíssima relevância desses valores, que, na essência, visam assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social. Assim, podemos afirmar que as condutas atentatórias a eles revestem-se de enorme gravidade, causando desarmonia na ordem jurídica e pública, a exigir pronta e eficaz intervenção do Poder Público, pois, seria ingênuo e inverossímil crer que o próprio mercado é capaz de criar mecanismos de proteção aos princípios constitucionais. A lógica do capitalismo é individualista e a busca do lucro, o fim único dos agentes atuantes. A justiça social só pode ser preservada pelo Estado. (SICA, 2011, p. 588)

Impõe-se, dessa forma, reconhecer que o bem jurídico ordem econômica tem como fundamento os valores expressamente consagrados na Constituição econômica e por essa razão deve ser qualificado como um bem jurídico com dignidade penal, merecendo, portanto, a tutela que lhe é conferida por meio das normas do Direito penal econômico.

5.4 Importância da ordem econômica em face do modelo social e democrático de direito

Insta analisar, ainda, a importância do bem jurídico ordem econômica sob outro aspecto. No modelo político adotado pela nossa Constituição, qual seja, social e democrático de direito, não pode o Estado renunciar a proteção de valores que,

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. (BRASIL, 1988)

além de garantir o desenvolvimento de cada indivíduo da sociedade, objetivam a promoção da justiça socioeconômica¹³³. Ao Direito penal não pode ser negado o papel de contribuir, juntamente com outros instrumentos de controle social, para que se construa uma sociedade dotada de justiça material¹³⁴.

Giovanni Fiandaca ressalta:

De fato, partindo de uma perspectiva plenamente estribada na Constituição, sublinhou-se fortemente a exigência de assumir os valores constitucionais “não só como limite negativo da intervenção penal, mas como pressuposto de uma concepção promocional e propulsiva do direito, acrescentando à função tradicionalmente protetiva e repressiva do Direito Penal, o papel de instrumento que concorre à realização do modelo e dos objetivos de promoção social prefigurados pela Constituição. Ora, uma perspectiva de expansão da tutela, ao longo dessa nova direção indicada, é certamente desejável e, de resto, corresponde a uma mais moderna concepção das tarefas do Direito Penal, já largamente aceita pela doutrina mais conscienciosa. (FIANDACA, 2000, p. 429)

Nessa linha de raciocínio, convém evidenciar que, ao tutelar a ordem econômica, o Estado, além de garantir a realização das condições econômicas necessárias para o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem, atua também no sentido de concorrer para a promoção dos objetivos do Estado social e democrático, notadamente, a realização da justiça sócio-econômica¹³⁵.

¹³³ Destaca Luciano Nascimento Silva: “A intenção é buscar uma harmonização concreta da dupla função do bem jurídico, o equilíbrio do referencial pessoal e social e a condensação de acontecimentos em devir, as chamadas posições finais tão exigidas pelo Estado Social e Democrático de Direito.” (SILVA, 2010, p. 57). Maria Luiza Schäfer Streck destaca: “No marco do Estado Democrático de Direito, às funções ordenadora e promovedora do Direito, próprias das fases do Estado Liberal e Social, respectivamente, respectivamente agrega-se a função de potencial transformação social.” (STRECK, 2006, p. 17). Na lição de Márcia Dometila Lima de Carvalho, “o Direito Penal deve proteger os bens jurídicos fundamentais. E o que é fundamental para a Constituição é o desenvolvimento da justiça social, dignificando o homem. A proteção exacerbada de bens jurídicos individuais, em detrimento do bem jurídico justiça social, foge à nova ordem constitucional.” (CARVALHO, 1992, p. 100)

¹³⁴ Observa José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2003, p. 338): “O princípio da democracia econômica e social constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos, encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a óptica de uma justiça constitucional nas vestes de uma justiça social.” (CANOTILHO, 2003, p. 338)

¹³⁵ Observa márcia dometila lima de Carvalho: “Partindo-se do fato de ter a ordem constitucional vigente projetado um modelo econômico capaz de concretizar os direitos sociais (nela sensivelmente alargados) e implementar a justiça social (por ela almejada), não é difícil concluir que a criminalidade contra a ordem econômico-financeira solapa a concretização dos direitos sociais e a consecução da justiça social.” (CARVALHO, 1992, p. 92).

Nesse passo, a observação de Luciano Feldens:

Ao definir 'os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional', objetividade jurídica tutelada a espelhar, nitidamente, o interesse difuso a ela subjacente, a atividade legislativa ordinária posta-se a proteger, com inegável legitimidade, uma objetividade jurídica com feição constitucional, cujo significado externa uma relação de direta interação com os objetivos fundamentais da República. [...]

Em relação à ordem econômico-tributária processa-se a mesma identidade. Tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, relaciona-se umbilicalmente aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. (FELDENS, 2002, p. 110)

Saindo do plano puramente abstrato, cita-se o art. 4º da Lei n. 8.137/90¹³⁶, alterada pela Lei n. 12.529/11, que prevê a criminalização de condutas que violem ou coloquem em perigo a liberdade de concorrência. Protegendo a livre concorrência, o Estado atua não somente garantindo o regular funcionamento da ordem econômica, mediante o equilíbrio das relações econômicas, como também combatendo o abuso de poder decorrente das variadas formas de concentração econômica sobre os mercados, com vista a assegurar a todos um mínimo de participação nos benefícios trazidos pela atividade produtiva. Vê-se, aí o Estado agindo em função da realização da justiça socioeconômica.

Pode-se apontar, ainda, como exemplo a Lei n. 7. 492/86 (BRASIL, 1986), que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, o qual, nos termos do art. 192 da Constituição Federal, deverá estar estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade¹³⁷.

A respeito do sistema financeiro nacional, Luiz Regis Prado assinala:

O sistema financeiro nacional] tem por objetivo gerar e intermediar crédito e emprego, estimular investimentos, aperfeiçoar mecanismos de financiamento empresarial, garantir a poupança popular e o patrimônio dos investidores, compatibilizar crescimento com estabilidade econômica e reduzir desigualdades, assegurando uma boa gestão da política econômico-

¹³⁶ “Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.” (BRASIL, 1990)

¹³⁷ Afirma Luciano Feldens que a hígida operacionalização do sistema financeiro “predispõe-se a funcionar, em tempos atuais, como condição de possibilidade a um convívio sadio, à superação das desigualdades sociais, ao alcance da justiça social.” (FELDENS 2002, p. 90)

financeira do Estado, com vistas ao desenvolvimento equilibrado do país. (PRADO, 2011b, p. 40)

É inegável que o ataque ao sistema financeiro nacional, colocado pela Constituição, no seu art. 192, a serviço da justiça social e dos interesses da coletividade, é causa de desajuste social e obstáculo à consecução dos fins primordiais do Estado. (BRASIL, 1988)

Enfim, em um modelo social e democrático, deve o Estado se valer do Direito, em especial do Direito penal econômico, como instrumento de conformação e transformação das estruturas econômicas e sociais, de forma a tornar efetivas as funções atribuídas constitucionalmente à ordem econômica, quais sejam, promover a redução das desigualdades regionais e sociais, favorecer o pleno emprego, afirmar a defesa do consumidor e do meio ambiente, enfim, assegurar a todos os indivíduos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Constatada a importância da ordem econômica, bem como sua natureza constitucional, o que justifica a intervenção estatal para preservá-la, resta discutir se os mecanismos penais são eficazes para tal fim e se existem outros meios mais adequados e menos gravosos de garantia da ordem econômica.

5.5 Necessidade de tutela penal da ordem econômica

Com o conceito de necessidade da pena, o limite de atuação do Direito penal circunscreve-se aos casos em que não há outra forma de proteção suficiente dos bens jurídicos. Cumpre, assim, neste momento, discutir se a resposta penal é a mais eficaz para combater as condutas que atacam a ordem econômica.

O tema relativo à necessidade de proteção penal dos bens universais atrai a atenção e incita o debate entre os penalistas de diversos países. Conforme ressaltou-se, parte da doutrina, adotando um ponto de vista conservador, posiciona-se de forma contrária à proteção por meio do Direito penal da ordem econômica, bem como dos demais bens jurídicos universais. O discurso crítico da expansão do Direito penal, cuja manifestação mais destacada e importante consiste no Direito penal econômico, propõe o deslocamento dos tipos penais que tutelam bens jurídicos universais, característicos do chamado Direito penal moderno, para outros

setores do ordenamento jurídico, fundamentalmente ao Direito administrativo, mas também ao civil. Na proposta de Hassemer (2008), para proteger tais bens jurídicos, de natureza supraindividual, deve ser criado o Direito de intervenção, que estaria situado entre o Direito penal e o Direito administrativo, e seria dotado de garantias menos apertadas das que regem o Direito penal, bem como de sanções menos intensas do que as privativas de liberdade para os indivíduos.

De seu turno, Silva Sánchez (2011a) manifesta-se contrário a aplicação de penas privativas de liberdade fora da proteção de bens jurídicos individuais. O autor propõe a divisão dos ilícitos penais em dois grandes blocos: os ilícitos, para os quais se comina pena privativa de liberdade para proteção de direitos individuais; e as lesões a bens jurídicos universais, em que não caberia a aplicação de penas privativas de liberdade.

Assim, diante das referidas posturas críticas, é imperioso questionar a necessidade da utilização do Direito penal econômico como instrumento de tutela da ordem econômica.

Com efeito, o Direito penal, desde que respeitados os princípios penais garantistas, mostra-se como o meio mais eficiente, adequado e, sobretudo, legítimo para tutelar a ordem econômica, bem como os bens jurídicos coletivos e difusos, característicos do Direito penal moderno.

O Direito civil não tutelaria a ordem econômica de forma satisfatória. Diante de condutas socialmente tão gravosas, o Estado deve atuar de forma preventiva, de modo a evitar a ocorrência do dano ao bem tutelado. Sabe-se que o Direito civil não dispõe de instrumentos adequados para esse fim. O máximo que pode fazer é atuar para reparar os danos causados. Ademais, como bem ressaltou Silva Sánchez (2011a, p. 77), a objetivação da responsabilidade, que se dá pelo ressarcimento dos danos, não expressa a reprovação que necessitaria de ser manifestada em razão da gravidade da conduta que atenta contra referido bem jurídico. Somente o Direito penal é capaz de emitir o suficiente juízo de censura aos agentes de delitos econômicos. Note-se que existe a associação dos ilícitos penais aos fatos mais reprováveis em termos ético-sociais. Enfim, é importante que a sanção seja imposta por uma instância judicial penal, tendo em vista a força desse mecanismo público de persecução, que lhe atribui força simbólico-comunicativa muito mais acentuada que o Direito civil.

Defende-se, aqui, também, a concepção de que as respostas administrativas são insuficientes em face da criminalidade econômica. Assinala Silva Sánchez (2011a) que, de acordo com a doutrina penal moderna, a diferença entre o Direito penal e o Direito administrativo sancionador é meramente quantitativa: no Direito penal, o conteúdo do injusto é maior¹³⁸. Tendo em vista a já constatada gravidade das condutas que atentam contra a ordem econômica, bem jurídico de incontestável importância para o desenvolvimento social e para a livre realização da personalidade do indivíduo, resta claro a necessidade da resposta penal às violações das normas penais que tutelam referido bem jurídico. Demais disso, o Direito penal, comparado ao Direito administrativo, apresenta maior neutralidade política, bem como maior dificuldade na utilização pelo infrator de técnicas de neutralização do juízo de desvalor.

Klaus Tiedemann, na apresentação da obra de João Marcello de Araújo Júnior, assevera:

um problema fundamental é o da já mencionada correlação entre justiça penal e autoridades administrativas, em matéria penal econômica. Embora seja valiosa a especialização da Administração na luta contra a criminalidade do “colarinho branco”, esta é, ao mesmo tempo, nociva, pois traz consigo inconvenientes, como por exemplo, a negociação com o delinquente e a falta de publicidade de suas decisões, esta última, coisa muito importante para os fins da prevenção geral. (TIEDEMANN, 1995, p. 22)

No mesmo sentido João Marcello de Araújo Júnior:

Em nossa maneira de ver, a luta social contra os abusos do poder econômico não deve se esgotar nas ações administrativas, o Direito Penal com seu caráter preventivo e repressivo, não pode ficar alheio a tal combate. (ARAÚJO JÚNIOR, 1995, p. 96)

No que se refere à proposta de Silva Sánchez (2011a), no sentido de que o Direito penal continuaria protegendo os bens jurídicos supraindividuais, incluindo a ordem econômica, mas que neste caso as penas seriam diversas da privativa de liberdade é de toda injustificada. Defende-se, aqui, a aplicação da pena privativa de

¹³⁸ “Como é sabido, as teses clássicas distinguem entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuindo ao primeiro o caráter de lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, enquanto o segundo seria um ato de desobediência ético-valorativamente neutro. Posteriormente, todavia, foi se consolidando como doutrina amplamente dominante a tese da diferenciação meramente quantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, segundo a qual o característico desse último é um menor conteúdo de injusto.” (SILVA SÁNCHEZ, 2011a, p. 148)

liberdade no caso da prática de crimes econômicos, por se considerá-la idônea ao eficaz ataque a esses delitos, como exposto a seguir. Conforme referido por diversas vezes neste trabalho, o Direito penal tem como função proteger bens jurídicos fundamentais, e para tanto deve se servir de uma pena associada a esse fim. Em outras palavras, a pena deve se adequar à própria função do Direito penal de tutela do bem jurídico. Surge, então, a seguinte pergunta: De que forma que a pena privativa de liberdade cumpriria tal finalidade?

Muito se tem discutido ultimamente a respeito das funções que devem ser atribuídas às penas privativas de liberdade. Não cabe, no âmbito deste trabalho, aprofundar-se em tal discussão. Assim, dentre as diversas teorias relativas às funções atribuídas à pena privativa de liberdade, serão analisadas apenas as teorias preventivas da pena, uma vez que elas fundamentam a concepção aqui adotada de que as penas privativas de liberdade se revelam eficazes no combate à criminalidade econômica.

As teorias preventivas centralizam o fim do Direito penal na proteção de bens jurídicos, atribuindo às penas privativas de liberdade a “força e a tarefa inibitória dos futuros delitos” (HASSEMER, 2005, p. 369). A pena não visa retribuir o fato delitivo cometido, e sim prevenir-lhe a prática. Esta seria, então, a forma pela qual a pena privativa de liberdade cumpriria a finalidade de tutela de bens jurídicos, ou seja, prevenindo, tanto quanto possível, a prática de condutas delituosas.

As teorias preventivas apresentam duas orientações finalísticas: “uma variante preventiva especial e uma variante preventiva geral” (HASSEMER, 2005, p. 369). De acordo com a prevenção especial, a pena teria caráter ressocializador, fazendo com que o agente que já delinuiu não volte a transgredir as normas penais. Já de acordo com a prevenção geral, “a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma ‘coação psicológica’¹³⁹, com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo”. (BITENCOURT, 2002, p. 76)

A respeito da teoria da prevenção geral destaca Jorge de Figueiredo Dias:

O ponto de partida da teoria da prevenção geral é prezável, logo porque ele se liga direta e imediatamente à assinalada função do direito penal de tutela

¹³⁹ Feuerbach (1775-1833) foi o formulador da teoria da coação psicológica, uma das primeiras representações jurídico-científicas da prevenção geral.

de bens jurídicos. Do ponto de vista desta tutela bem se compreende que se exija da pena uma atuação preventiva sobre a generalidade dos membros da comunidade seja no momento da sua ameaça abstrata, seja no da sua concreta aplicação, seja no da sua efetiva execução. (DIAS, 1999, p. 100)

Neste momento, faz-se necessária a análise dos reais efeitos preventivos da pena privativa de liberdade em relação aos delitos econômicos.

Primeiramente, em relação aos crimes econômicos, a pena privativa de liberdade não alcança o objetivo de ressocialização que deve perseguir como fim de prevenção especial. “O criminoso econômico por ser um indivíduo ajustado à sociedade em que vive, tanto assim que se aproveita das disfunções de seu sistema para delinquir, não necessita de especial tratamento ressocializador”. (ARAÚJO JÚNIOR, 1995, p. 58)

Por outro lado, defende-se a ideia de que, no combate à criminalidade econômica, a pena privativa de liberdade, em razão da sua força intimidatória, é a única capaz de gerar o contraestímulo necessário para impedir a prática do delito¹⁴⁰. Acredita-se, inclusive, que, em relação aos crimes econômicos, a função intimidadora se mostra mais eficaz do que em relação aos crimes violentos. Isso porque, em geral, os agentes que praticam os delitos econômicos agem com uma racionalidade que lhes permite avaliar e sopesar as vantagens e os riscos decorrentes de sua conduta desviada. Sabe-se que na criminalidade econômica os agente são, em regra, excessivamente ambiciosos e atuam visando à obtenção de lucros excessivos. Por essa razão, importa que as sanções sejam de tal natureza ou gravidade que sejam capazes de dissuadir o agente potencial de lograr seus objetivos mediante a comissão do delito. Somente a pena privativa de liberdade, com sua maior capacidade de coerção, mostra-se como instrumento eficiente para coibir condutas lesivas à ordem econômica. As penas pecuniárias, bem como as sanções alternativas, não possuem força suficiente para inibir a prática das referidas condutas proibidas.

Luciano Anderson de Souza refere-se ao pensamento aqui defendido: “Qualquer outro tipo de resposta, segundo esse pensamento, ingressaria na mera

¹⁴⁰ Cumpre ressaltar a falta de dados empíricos, capazes de demonstrar a eficácia preventiva da pena privativa de liberdade em relação aos crimes econômicos, sendo que a posição aqui defendida tem como substrato argumentos teóricos. Neste trabalho, aponta-se a necessidade da realização de investigações sobre esta matéria.

consideração de custo/benefício da atividade econômica ilícita, fazendo-se tabula rasa quaisquer fins preventivos ou retributivos”. (SOUZA, 2012, p. 79)

José de Faria Costa, citado por Luciano Anderson de Souza, defende a aplicação da pena privativa de liberdade para o delinquente econômico nos seguintes termos:

[...] nem as mais elevadas sanções pecuniárias têm qualquer efeito dissuasor, não só porque pouco desconforto provocam quando se está perante fortunas astronômicas como, em certas circunstâncias, podem ter só a consequência de se verem diluídas na opacidade da sua repercussão nos preços dos produtos da empresa ou empresas pertencentes ou dominadas pelo agente da infracção. Daí que a pena curta de prisão, com efeito estigmatizante, seja a que proporciona o efeito dissuasor e complexo a que toda pena criminal aspira. (COSTA *apud* SOUZA, 2012, p. 80)

De seu turno, Heleno Cláudio Fragoso considera:

Tem-se dito, com razão, que os homens de negócio temem particularmente a pena criminal e que, em relação a esse tipo de delinquentes, a intimidação da pena seria muito mais eficiente, porque afeta a reputação, e, conseqüentemente, o crédito e a prosperidade dos negócios. (FRAGOSO, 1982, p. 126)

De nada vale argumentar que o crescimento dos índices da criminalidade econômica revela a falácia da pena privativa de liberdade como instrumento eficiente no combate aos crimes econômicos. No nosso país, tal argumento “só poderia provar alguma coisa – se provasse – contra a efetividade da pena e nada contra a finalidade que lhe é assinalada” (DIAS, 1999, p. 101). Ora, é inegável que a crença na impunidade enfraquece, em muito, a força intimidatória da pena privativa de liberdade.

Quanto à recomposição do dano causado pela conduta criminosa, os quais são muitas das vezes vultosos, cumpre ressaltar que, nos termos do art. 91, II, a, do Código Penal (BRASIL, 1940), constitui efeito automático da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Por fim, é sabido que a utilização da pena privativa de liberdade não se justifica unicamente pelo fato de produzir consequências desejadas¹⁴¹. Assim, aponta-se, além da efetividade, ainda outro argumento no sentido da necessidade e legitimidade da aplicação da pena privativa de liberdade.

¹⁴¹ “Embora as penas produzam um bem, nem sempre elas são justas [...]” (BECCARIA, 2005, p. 88)

Impõe-se reconhecer que à conduta do agente que pratica um delito econômico contrapõe-se uma intensa reprovação social, razão pela qual se exige e justifica a severidade da resposta penal. Tal afirmação se acha fundamentada, de forma precisa, na lição de João Marcello de Araújo Júnior:

Senão todos, pelo menos a grande maioria dos crimes econômicos são praticados por indivíduos que, em razão de seus negócios possuem uma especial habilidade no trato da sempre crescente complexidade da vida econômica. Os autores de delitos econômicos são homens que, em geral, pertencem às classes sociais mais poderosas, que desfrutam de boa estima pública, que exercem atividades reputadas importantes e, como lembra Fernandez Albor, quase sempre não consideram suas condutas como criminosas, mas, sim, como 'simples negócios'. São pessoas socialmente ajustadas, que possuem aquela '[...] especial destreza para os negócios [...]' a que se referiu Lampe e, por isso, aproveitam-se das disfunções do sistema econômico para obter lucros extraordinários, pondo em risco a confiança e a segurança da ordem econômica.[...] O delinquente econômico não é um marginalizado social, um desvalido da sorte, que precisa buscar no crime a satisfação de necessidades primárias. Por isso sua conduta revela, como dissemos, um extraordinário desdém pela ordem jurídica. (ARAÚJO JÚNIOR, 1995, p. 56)

Diante do que foi visto, de notar-se que a utilização da pena privativa de liberdade justifica-se como instrumento de combate aos delitos econômicos. E justifica-se à medida que se mostra necessária.

De remate, cita-se Miguel Bajo Fernández:

É a pena privativa de liberdade a mais adequada para o castigo dos delitos econômicos como resposta as exigências de proporcionalidade (com a gravidade do fato e a culpabilidade do autor), e a necessidade de uma prevenção geral¹⁴². (BAJO FERNÁNDEZ, 1994, p. 840)

5.6 Conclusão acerca da legitimidade do Direito penal econômico em face do princípio da intervenção mínima

O debate em torno da legitimidade do Direito penal econômico, como instrumento de tutela da ordem econômica, bem como da expansão do Direito penal para tutelar os demais bens jurídicos universais, está centrado na suposta tensão existente entre a necessidade de modernização do Direito penal, mediante a

¹⁴² *Es la pena privativa de libertad la más adecuada para el castigo de los delitos económicos como respuesta a las exigencias de proporcionalidad (con la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor), y la necesidad de una prevención general.* (Tradução livre)

proteção de bens jurídicos coletivos e difusos e a preservação de garantias fundamentais do cidadão.

Neste capítulo, procurou-se analisar a legitimidade do Direito penal econômico diante de um dos princípios penais constitucionais – o princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio*. Diante do que foi visto, neste e nos demais capítulos, os quais serviram de fundamento para o desenvolvimento deste trabalho, outro caminho não nos resta senão concluir pela legitimidade do Direito penal econômico em face do princípio da Intervenção mínima. Conforme demonstrado, a tutela da ordem econômica obedece aos critérios da capacidade ou dignidade penal do bem jurídico, bem como da necessidade de proteção.

Os argumentos contrários à utilização do Direito penal como instrumento de tutela da ordem econômica e dos demais bens jurídicos supraindividuais apontam a limitação do Direito penal à tutela de bens jurídicos individuais¹⁴³. Tais argumentos têm como ponto de partida uma premissa falsa, qual seja, a de que a expansão do Direito penal implicaria o necessário afastamento do princípio da intervenção mínima, bem como dos demais princípios garantistas previstos na Constituição Federal.

De logo, importa deixar consignado que se defende a concepção de que a intervenção jurídico-penal na proteção de bens jurídicos universais deve se pautar pelo inarredável respeito a todos os princípios penais de garantia constantes da Constituição. Negar observância aos princípios garantistas ao argumento da necessidade prevalente de tutelar valores fundamentais coletivos ou difusos consagrados na Constituição Federal seria um contrassenso, uma vez que referidos princípios garantistas também encontram assento no Texto Maior. Compartilha-se, porém, posição defendida por Luis Gracia Martin, no sentido de que a expansão do Direito penal não implica a necessária flexibilização de nenhum dos referidos princípios garantistas (GRACIA MARTIN, 2005, p. 110). Embora neste trabalho se analise a legitimidade do Direito penal econômico diante somente um dos referidos princípios, reafirma-se o entendimento no sentido de ser possível conciliar as novas

¹⁴³ Hassemer (2005), manifestando-se avesso a considerar o Direito penal como possível fonte de respostas para a criminalidade proveniente das sociedades modernas, sustenta que o Direito penal deveria ser reduzido a um “Direito penal nuclear”, voltado para a proteção de todas as lesões de bem jurídicos individuais.

figuras que conferem proteção penal aos bens jurídicos supraindividuais com os demais princípios garantistas previstos na Constituição Federal.

5.6.1 Os princípios penais garantistas sob uma nova ótica interpretativa

Das considerações *supra*, parte-se para duas ponderações relevantes: primeiramente, cumpre ressaltar que os princípios constitucionais garantistas, de observância irrestrita, devem ser analisados sob uma nova ótica interpretativa, adequada à nova realidade social¹⁴⁴.

Marta Rodriguez de Assis Machado, valendo-se das lições de Francesco Palazzo, afirma:

Os princípios penais fundamentais e as garantias sofrem o condicionamento da realidade social e de suas transformações, e, por isso, não devem ser tomados de maneira absoluta, o que redundaria em uma metafísica das garantias. Partindo da premissa de que o direito penal é, antes de mais nada, um instrumento de utilidade social, a garantia não poderia privar a sanção criminal de sua finalidade de utilidade. Segundo o autor, se a configuração da garantia é sempre o resultado de um difícil equilíbrio entre a racionalidade instrumental da sanção e o respeito aos direitos fundamentais, emerge perniciosa a absolutização das garantias em detrimento da salvaguarda de bens jurídico coletivos. Em seguida, afirma que a conformação técnico-jurídica que assumem as garantias penais não deve ser rígida e imodificável. O que pode permanecer é a exigência de garantia, podendo mudar o meio para sua realização. Assim, se os princípios fundamentais estão expostos a mudanças históricas em sua conformação, o autor conclui que, no atual momento histórico-social, certas alterações do caráter clássico do direito penal são necessárias. Em suma, Palazzo defende que não se pode renunciar à tutela penal, em nome de uma suposta intangibilidade das garantias fundamentais. (MACHADO, 2005, p. 183)

No atual momento histórico-social, entende-se que a interpretação dos princípios penais constitucionais deve basear-se não somente nos valores individuais, como também nos valores sociais, coletivos e difusos, os quais devem

¹⁴⁴ Precisa a observação de Luciano Feldens: “Realçado em sua perspectiva dogmática, deposita-se tradicionalmente nessa disciplina jurídica [Direito penal] uma função protetiva ao que se costuma cognominar ‘valores fundamentais da vida em sociedade’. Regozijam-se a doutrina e a jurisprudência em dizer, repetidas vezes, dessa atribuição; nada obstante, a partir do incremento e da diversificação da criminalidade em tempos modernos, tem-lhes (tem-nos) faltado conferir sentido à conceitualidade imanente a essa esfera da ciência jurídica, circunstância que se predispõe à geração de um déficit interpretativo e, por conseguinte, de uma estagnação – ou mesmo desvio de rumo – no estudo do Direito Penal, que então se principia por distanciar da realidade.” (FELDENS 2002, p. 22)

servir de “postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição” (PRADO, 2011a, p. 92). O desenvolvimento dogmático dos princípios garantistas foi realizado sob uma ótica estritamente liberal, inadequada à realidade atual¹⁴⁵. O objetivo foi garantir a segurança jurídica contra o arbítrio estatal¹⁴⁶. Márcia Dometila Lima de Carvalho adverte, porém, que referida segurança, suficiente para um Estado liberal, se revela insuficiente, por si só, “para garantir a justiça que se propõe a fazer o novo Estado Democrático de Direito” (CARVALHO, 1992, p. 45), de conteúdo social, qual seja, a justiça social.

Como salienta Marcia Dometila Lima de Carvalho, citando observação de Eros Roberto Grau,

o contínuo desenvolvimento do Estado-ordenamento propiciou o surgimento de normas que, ao invés de definirem condutas de organização, definem resultados concretos a serem alcançados. Exemplos típicos de norma-objetivo são as dos artigos 170 e 192, da Constituição Federal, operando a definição dos fins primordiais da ordem econômico-social e financeira: desenvolvimento equilibrado do País, com justiça social. Tais normas, dotadas de eficácia jurídica, condicionam o dinamismo das demais do ordenamento, a elas referidas. Afirmo Eros Grau, que a virtude maior do discernimento da norma-objetivo encontra-se no fato de que a existência dela, no ordenamento jurídico, importa no comprometimento da hermenêutica jurídica com os fins nela inscritos: o intérprete fica a ela vinculado, inaceitável a hermenêutica incoerente com a realização dos fins dispostos naquela norma-objetivo. (GRAU *apud* CARVALHO, 1992, p. 92)

Assim, a tarefa interpretativa dos princípios garantistas deve estar comprometida com os fins primordiais do atual Estado social e democrático de

¹⁴⁵ “Este Direito Penal que aí está, sendo aplicado em dissociação com os atuais valores constitucionais, possui um ranço do Estado liberal, que não mais se coaduna com o Estado atual de cunho democrático-social. O atual conceito de justiça é um conceito substancial e concreto, calcado na dignidade do homem, a ser alcançada através dos direitos sociais, e não no conceito abstrato e formal, proveniente de um movimento histórico cultural, já ultrapassado pelo aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e pela escalada axiológica da sociedade contemporânea.” (CARVALHO, p. 143).

¹⁴⁶ No entanto, como bem salienta Guilherme Guedes Raposo, “a redução da violência estatal não deve ser concebida como a única pretensão a ser alcançada pelo direito penal. Este deve também, em igual medida, preocupar-se em reduzir a prática de atos privados que afetem o convívio pacífico entre indivíduos, sendo que, para isso, ele deve adaptar-se às necessidades reais existentes em uma comunidade, sempre tendo em mira os valores previamente delineados pelo constituinte. Em outros termos, a legitimidade da escolha, pelo legislador ordinário, dos bens jurídicos merecedores de proteção penal deve necessariamente ser analisado a partir do caráter relativo e valores destes bens, já que é somente com base na realidade social concreta que se poderá aferir quando um interesse é essencial para a convivência humana.” (RAPOSO, 2011, p. 145)

direito, mormente a justiça socioeconômica¹⁴⁷. De acordo com Giovanni Fiandaca, a abordagem constitucional do Direito Penal

não pode deixar de olhar para o conjunto dos princípios constitucionais que delineiam os traços típicos do nosso ordenamento: dos princípios clássicos com fundo 'garantístico', àqueles inspirados numa perspectiva 'solidarística', cujo concurso serve para caracterizar o nosso Estado como Estado Social de Direito. (FIANDACA, 2000, p. 421)

Não há como conceber um Direito penal comprometido com a realização dos objetivos do Estado democrático e social de direito quando ele se limita a proteger os bens jurídicos individuais. O Direito penal necessita transformar-se¹⁴⁸, de forma a acompanhar a evolução social, e para isso é indispensável expandir sua tutela de forma a alcançar, também, os bens jurídicos coletivos e difusos¹⁴⁹. Como bem observado por Von Liszt: “Todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse [...] e, variando os interesses, varia também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero” (LISZT, 1927, p. 2). Por isso, impõe reconhecer que o modelo dogmático-penal clássico, arraigado à proteção exclusiva de bens jurídicos individuais, não pode ser considerado o último modelo possível e o próprio fim da história do Direito penal. Como bem alerta João Bosco Leopoldino da Fonseca. “o Direito não pode prender-se imutavelmente às raízes temporais de seu surgimento, de sua cristalização.” (FONSECA, 2004, p. 5)¹⁵⁰

¹⁴⁷ Nesse sentido, Márcia Dometila Lima de Carvalho conclui que “o Direito Penal só será bem interpretado se amoldado às novas necessidades do Estado contemporâneo, com seus objetivos substanciais a serem alcançados.” (CARVALHO, 1992, p. 143)

¹⁴⁸ Nos dizeres de Manoel Pedro Pimentel, “é sabido que o fato social sempre caminha adiante das leis. É justamente o reclamo da realidade que impulsiona o legislador a editar normas para coibir abusos que atentam contra bens ou interesses dignos de proteção. [...] Nesta perspectiva, o Direito não pode mais ser considerado como uma totalidade orgânica de regras postas, acabadas, mas passa a mostrar-se como um conjunto de princípios e normas de ação, em contínua mudança.[...] É fenômeno natural a transformação do Direito em função do fato social que se altera, estando ele sempre a perseguir as carências sociais decorrentes da mutação da sociedade. Esse contexto de veloz transformação é agravado pela ingerência de influência econômica, uma vez que a economia encerra uma dinâmica própria e é naturalmente provida de uma instabilidade que a ela permite alterações de grande velocidade.” (PIMENTEL, 1973, p. 5)

¹⁴⁹ Afirma Maria Luiza Schäfer Streck: “Desde o prisma de um Estado Social e Democrático de Direito, como o insculpido no texto constitucional brasileiro, não é ocioso situar os bens merecedores de tutela no terreno do social, uma vez que, diagnosticada sua primazia constitucional, apresentam-se como condições qualificadas de funcionamento e amálgama da Sociedade.” (STRECK 2006, p. 24)

¹⁵⁰ Afirma ainda o referido autor: “A busca de um Direito eterno, imutável, pairando sobre os homens como a governar-lhes abstratamente as necessidades concretas é uma utopia sempre buscada pelos homens.” (FONSECA, 2004, p. 68)

5.6.2 Necessidade de revisão das estruturas dogmáticas clássicas

Cumprir advertir, ainda, que para a proteção dos bens jurídicos supraindividuais, dentre os quais se pode destacar a ordem econômica, os postulados dogmáticos, construídos em outra época pelo Direito Penal clássico, se mostram insuficientes e inadequados.

Diante da constatação da importância dos bens jurídicos coletivos e difusos¹⁵¹ no atual estágio de desenvolvimento social, bem como da necessidade de se proceder à tutela de tais bens, entende-se necessária nova postura doutrinária diante da proteção penal dos referidos bens supraindividuais. Em vez de formular contra o Direito penal moderno críticas, no sentido de que este representa uma reação meramente simbólica, inapta para o que se pretende realizar, deveria a doutrina atual se comprometer a realizar um profundo processo de revisão das obsoletas estruturas dogmáticas clássicas, que se mostram inoperantes no combate à criminalidade moderna¹⁵².

Marta Rodriguez de Assis Machado alerta:

É certo que a dogmática – em especial a brasileira, que reluta em entrar nesse debate – deve refletir sobre essas questões e se repensar, fornecendo ao aplicador critérios e instrumentos para resolver os novos problemas que não podem ser os do século passado. (MACHADO, 2005, p. 204)

De fato, reputa-se significativo e salutar proceder a mudanças no modelo clássico vigente de modo a adaptar o sistema repressivo ao fenômeno da criminalidade moderna¹⁵³. Emergem evidentes as limitações do instrumental do

¹⁵¹ Como antevisto, tais bens são imprescindíveis para o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem, bem como para promover a realização dos objetivos do Estado social e democrático, notadamente a realização da justiça socioeconômica.

¹⁵² Gianpaolo Poggio Smanio, citado por Renato de Mello Jorge Silveira, afirma: “[...] analisada a relevância e a necessidade da proteção penal dos interesses difusos, resta discutir as modificações necessárias no sistema penal para possibilitar sua eficácia nessa proteção, uma vez que o Direito Penal deve adaptar-se para oferecer resposta adequada às novas relações sociais que se apresentam [...]” (SMANIO, *apud* SILVEIRA, 2003, p. 191).

¹⁵³ “Passados quinze anos desde a promulgação da Constituição, não há indicativos de que tenhamos avançado no sentido da superação da crise por que passa o Direito Penal e, conseqüentemente, a teoria do bem jurídico. Persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual; não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual, os quais compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da Sociedade brasileira.” (STRECK ; FELDENS, 2006, p. 19)

Direito penal clássico para atuar na proteção dos bens jurídicos supraindividuais, os quais possuem particularidades que os diferenciam dos demais. Não há como o Direito penal continuar operando com estruturas clássicas elaboradas para serem utilizadas na proteção de bens jurídicos individuais. Outras devem ser as regras no que tange, por exemplo, à relação de causalidade, à culpabilidade e ao concurso de pessoas.

No que diz respeito ao Direito penal econômico, é de se reconhecer a insuficiência das regras tradicionais para a aplicação integral aos delitos econômicos. Isso porque esse fenômeno apresenta aspectos complexos que reclamam tratamento específico. Por essa razão, verifica-se que, na legislação penal econômica,

tanto a construção tipológica é diversa, como também a regra geral de sua configuração tem sido discordante da necessidade de constatação de evento danoso, vale dizer, vem sendo utilizada a tática dos crimes abstratos. (SILVEIRA 2003, p. 157)

Diante da significação social dos danos causados pela criminalidade econômica, não se configura razoável a postura doutrinária de rechaçar a regulação penal da ordem econômica alegando sua incapacidade estrutural para regular os conflitos do sistema econômico. Diante da inoperância dos instrumentos clássicos da ciência penal no combate à criminalidade econômica, impõe-se que se proceda às adequações necessárias em face da especialidade do Direito penal econômico, com vista a oferecer mecanismos mais aptos para o combate à criminalidade econômica.

Essas mudanças propostas constituem apenas acertos necessários para que o Direito penal seja capaz de proteger bens jurídicos de maneira eficaz, nas condições sociais atuais. Tal postura não representa, em hipótese alguma, um discurso antigarantista, como tende a entender parte da doutrina que resiste à modernização do Direito penal. Saliente-se que tais mudanças ou adequações nas estruturas clássicas do Direito penal devem ser realizadas em estrita observância aos princípios constitucionais garantistas.

Por fim, encerra-se este trabalho com as sempre precisas palavras de Márcia Dometila de Carvalho:

A luta perene da humanidade, direcionada a conseguir uma configuração justa das relações sociais, não pode dispensar o Direito Penal, como arma imprescindível a tal finalidade. E, para isto, o Direito Penal tem de se transformar, tem de assumir a sua nova roupagem de Direito Penal Económico, pois, insistindo na sua roupagem clássica, tende-se a desmoralizar-se cada vez mais.

Transformar-se para buscar a justiça de há muito perdida, sem deixar de lado a segurança jurídica adquirida, eis o grande desafio do Direito Penal. (CARVALHO, 1992, p. 99)

6 CONCLUSÃO

Constante e perpétua busca do Justo: é esta a mensagem essencial do dualismo jurídico, que interpela o Direito Penal a não se contentar com o que alcançou. Mas também a não querer mudar repentinamente, inseguramente, sem diálogo nem estudo profundo, ao sabor da política, da moda, das fugacidades do mundo. (CUNHA, 1998)

Do até aqui exposto resulta conclusivo que a efetiva modernização do Direito penal é uma exigência absolutamente necessária como condição de acompanhar a evolução social. De ver-se que, constatada a ampliação dos interesses sociais, em razão do desenvolvimento da sociedade, impõe-se, conseqüentemente, um alargamento do conteúdo do Direito penal, relativo aos valores a serem por ele tutelados. Impõe-se reconhecer que a tarefa do Direito penal é a proteção dos valores indispensáveis à subsistência da sociedade, tanto aqueles de natureza individual quanto supraindividual.

O discurso de resistência à expansão e à modernização do Direito penal se funda em uma visão estreita, influenciada pelo modelo liberal clássico, propugnando a tutela tão somente de valores estritamente individuais, olvidando que a Constituição Federal brasileira, como a maioria das constituições dos países ocidentais, adota um modelo de Estado democrático de direito que também tutela os valores fundamentais coletivos e difusos, cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado.

Nessa linha de raciocínio, convém evidenciar que o tratamento que a Constituição Federal conferiu à ordem econômica, atribuindo-lhe um papel essencial na manutenção da convivência pacífica e digna de todas as pessoas, não deixa qualquer dúvida quanto à sua relevância na atual conjuntura social. Daí resulta a capacidade da ordem econômica para ser tutelada pelo Direito penal. Isso porque, com base no princípio da intervenção mínima, somente os bens jurídicos que se apresentem como atributo a essencialidade para a vida em comunidade e para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo devem ser objeto de tutela penal. De acordo com as teorias constitucionais do bem jurídico, adotada de forma majoritária pela doutrina nacional e estrangeira, é à Constituição que cabe definir aquilo que é socialmente essencial.

Verificou-se, também, por meio deste trabalho, que o Direito penal se mostra como o meio mais eficiente e adequado para tutelar a ordem econômica. Em verdade, no combate à criminalidade econômica, a pena privativa de liberdade, em razão da sua força intimidatória, é a única capaz de gerar o contraestímulo necessário para impedir a prática do delito.

Assim, diante da constatação da dignidade penal da ordem econômica, da sua vinculação ao quadro axiológico delimitado pela Constituição, bem como da necessidade de sua tutela penal, conclui-se em favor da legitimidade do Direito penal econômico em face do princípio da intervenção mínima.

É forçoso reconhecer que o discurso crítico à modernização do Direito penal se mostra como uma resistência não justificada, relevando-se um discurso conservador e descomprometido com a realização dos objetivos e valores da Constituição e do Estado democrático e social de direito, pertinentes ao desenvolvimento e à justiça social. O Direito penal deve atender aos reclamos sociais positivados na Constituição Federal, não podendo permanecer alheio à tarefa de concorrer para a promoção de novas condições de vida social. Para terminar esta exposição, cumpre deixar mais uma vez assinalado que a defendida expansão do Direito penal condiciona-se à plena observância de todos os princípios garantistas, de modo a impedir que o poder punitivo se expanda irracional e ilimitadamente.

REFERÊNCIAS

AFTALIÓN, Enrique R. El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico. **Revista de Ciencias Penales**, Santiago do Chile, v. 25, n. 2, maio/ago. 1966.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALEMANHA. Constituição (1949): **Constituição da República Federal da Alemanha**, 1949. Disponível em www.Brasil.diplo.de/Vertretung/.../Constituicao__Seite.html>. Acesso em: 11 nov. 2012.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais**: da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Tradução de André Duarte. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constitución. **Revista Penal La Mancha**, n. 1, p. 1-16, 1998.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. **Derecho penal económico**: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales. Estudios del Ministerio Fiscal, Madrid, n. 1, 1994.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. El derecho penal económico: un estudio de derecho positivo español. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madri, t. 26, fasc. 1, jan./abr. 1973.

BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do direito penal econômico**. Curitiba: Juruá, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 29, p. 31-57, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. Princípios constitucionais brasileiros. In: _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993 (suplemento à 2. edição)

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lúcia Giudiane. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Palermo: G. Priulla, 1950.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição**: os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e principio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.praquemarido.com.br/downloads/pqm-codigo-consumidor.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 nov. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código penal. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940. Disponível em:
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/...lei/del2848.htm>. Acesso em: 9 set. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 28 dez. 1990. Disponível em:
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 2 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADI 319-4. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e dá outras providências. Rel. Min. Moreira Alves, **Diário do Judiciário**, 30 abr. 1993, p. 7.563, j. 4 dez. 1992. Disponível em:
<<http://brs.aasp.org.br/netacgi/nph-brs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=33&r=651&s1=julgada&s2=&u=/netahtml/aasp/aasp1.asp>>. Acesso em: 9 set. 2012.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Perspectivas atuais do direito penal econômico. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 3-15, abr./maio/jun. 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito. **Cadernos Democráticos**, Portugal, n. 7, 1999. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>>. Acesso em: 21 jul. 2012.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CASTILHO, Ela Wiecko de. **O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**: Lei 7.492/86, de 16 de junho de 1986. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: SANCHEZ VILARDI, Celso; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). **Direito penal econômico**: análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GVlaw.

CERVINI, Raúl. Derecho penal econômico: concepto y bien jurídico: In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Direito penal econômico e da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção Doutrinas essenciais, v. 2, p. 229-260)

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

COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável direito econômico**: ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CONTRIM, Gilberto. **História e consciência do mundo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Contexto e conceito para o direito penal econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Direito penal econômico e da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção Doutrinas essenciais, v. 2, p. 411-437).

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal ecológico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição do crime**: da substancial constitucionalidade do direito penal. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998. (Coleção Argumentum, v. 10).

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 9 out. 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro**. 40 p. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/FDias.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2012.

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

DOTTI, René Ariel Dotti. Direito penal econômico e a proteção do consumidor. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, v. 33, jan./jun. 1982.

ESPANHA. Constituição (1978). **Constituição Espanhola**, 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a Constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por um relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 776, p. 409-439, jun. 2000.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito econômico**. São Paulo: MP, 2006 (Coleção Didática jurídica)

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FLORENZANO, Vincenzo D. **Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito**. São Paulo: Textonovo, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRAGOSO, Heleno C. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, p. 122-129, jan./jun. 1982.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FREITAS NETO, José Alves de; TASINAFO, Célio Ricardo. **História geral e do Brasil**. São Paulo: Harbra, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Fabris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Organização e revisão de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução de Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005.

ITÁLIA. Constituição (1947). **Constituição da República Italiana, 1947**. Disponível em: <http://www.tudook.com/abi/constituicao_italiana.html>. Acesso em: 11 nov. 2012.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contretas e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978. v. 1.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Niterói: Luam, 1993.

LISZT, Franz Von. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Luis Jiménez de Asúa. . 2. ed. Madrid: Reus, 1927. t. 2.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Direito penal, Estado e Constituição**: princípios constitucionais conformadores do direito penal. São Paulo: IBCCrim, 1997.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUISI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 13. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Questões de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MASIERO, Clara Moura. **Direito penal econômico**: aplicabilidade dos procedimentos investigatórios previstos na Lei n. 9.034/95. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

MEIER, Celito. **Filosofia**: por uma inteligência da complexidade. Belo Horizonte: PAX, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito económico**. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra 1988.

MONREAL, Eduardo. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, v. 33, p. 90-121, jan/jun. 1982.

MUNÔZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução de Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PEÑA CABRERA, Raúl. El bien jurídico en los delitos económicos. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Direito penal econômico e da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção Doutrinas essenciais, v. 2, p. 545-565).

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**, 1976. Disponível em: <www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Constituicao_Portuguesa.htm>. Acesso em: 11 nov. 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIOS, Rodrigo Sanches. **Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação.** In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Direito penal econômico e da empresa.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção Doutrinas essenciais, v. 2, p. 261-282).

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Organização e tradução de Andre Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal.** 3. ed. Lisboa: Veja, 2004.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Direito penal econômico e da empresa.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção Doutrinas essenciais, v. 2, p. 153-171).

SANTOS, Antônio Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico.** Coimbra: Almedina, 1993.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Revista de Direito Penal e Criminologia,** Rio de Janeiro, v. 33, p. 196-201, jan./jun. 1982.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SICA, Leonardo. Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Direito penal econômico e da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção Doutrinas essenciais, v. 2, p. 585-603).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal na sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b. v. 7: Direito e ciências afins.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Forense, 1998.

SILVA, Luciano Nascimento. **Teoria do direito penal econômico e fundamentos constitucionais da ciência criminal secundária**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1981. 2 v.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico**: fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

TIEDEMANN, Klaus. Apresentação. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. **Nuevo Pensamiento Penal**: revista de derecho y ciencias penales, Buenos Aires, n. 5-8, p. 461-475, 1975.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. 28, p. 65-74, 1986.

TIEDEMANN, Klaus. **Poder económico y delito**: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Tradução de Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. Los delitos socioeconómicos en el código penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 21, 1998.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. 2ª tir. Campinas: Romana, 2003.