

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

BRUNA ANDRADE PEREIRA

**A ATIVIDADE EMPRESARIAL E A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO
DIREITO PENAL**

Nova Lima
2013

BRUNA ANDRADE PEREIRA

**A ATIVIDADE EMPRESARIAL E A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO
DIREITO PENAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito obrigatório para obtenção do título de Mestre em Direito Empresarial.

Orientador: Professor Doutor Luciano Santos Lopes.

Nova Lima
2013



Dissertação intitulada “**A ATIVIDADE EMPRESARIAL E A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL**” de autoria do mestrando **BRUNA ANDRADE PEREIRA**, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Doutor Luciano Santos Lopes
Orientador

Prof. Doutor Marcos Afonso de Souza

Prof. Doutor Luís Augusto Sanzo Brodt

DEDICATÓRIA

A Deus, por me proporcionar mais este período de aprendizagem.

Ao Luciano que, num momento de tanto desconforto, soube ser um verdadeiro orientador. Professor que compreende que a arte de ensinar não se restringe a transferir conhecimento, mas sim em criar possibilidades para sua própria produção.

Ao meu pai, Roberto Avelino, maior exemplo de força e resiliência. Homem incrível que tem um pacto de felicidade com a vida, pouco importando se a vida às vezes não cumpre sua parte.

A minha mãe, Selma, pela dedicação sem limites. Mãe em tempo integral que se realiza por meio de minhas conquistas. Obrigada por sonhar insistentemente com um futuro promissor, de modo a despertar todo o potencial existente em mim.

A minha família, pelo amor incondicional. Quem recebe amor, só transmite amor.

"É na educação dos filhos que se revelam as virtudes dos pais." Coelho Neto

"O sábio não é o homem que fornece as verdadeiras respostas; é quem faz as verdadeiras perguntas".

Claude Lévi-Strauss

RESUMO

O Direito Penal Econômico é um ramo do Direito Penal que se ocupa de abordar questões ligadas a transgressões da ordem econômica. Em outras palavras, podemos dizer tratar-se do campo do Direito Penal que estuda certos comportamentos que comprometem as relações econômicas, violando bens jurídicos, além do mero ilícito administrativo. E, por se voltar a questões relativas à ordem econômica, o Direito Penal prescinde de uma necessidade de atualização, sobretudo em face dos riscos que as evoluções econômicas trazem para a sociedade. Reduzir a periculosidade da ação do homem em suas relações, sobretudo com o crescente desenvolvimento tecnológico, torna-se matéria de imensurável importância. A sociedade passa, atualmente, a ser tratada sob o âmbito do risco que sua nova moldura traz para os seus agentes, o que não pode ser ignorado pelo Direito Penal. Compreender o risco passível de ser vivenciado em uma sociedade, e os crimes prováveis de ocorrerem nela, torna-se também um dos pontos de preocupação para o Direito Penal.

Palavras-Chave: Sociedade de risco. Bem jurídico. Modernidade reflexiva. Direitos difusos. Risco permitido. Direito penal do risco. Crimes de perigo.

ABSTRACT

The Economic Criminal Law is a branch of criminal law which deals with addressing issues related to violations of the economic order. In other words, we can say that Economic Criminal Law occupies itself with studies of certain behaviors that undermine economic relationships, violating legal interests, beyond mere administrative offense. And, turning to issues relating to the economic, Penal Law requires a need to upgrade, especially in what concerns to the risks that economic developments bring to society. Reduce the danger of human actions in their relationships, especially with the growing technological development, becomes matter of immeasurable importance. The society is currently being treated under the scope of the risk that its new frame brings to their agents, which can not be ignored by the criminal law. Understand the risk that could be experienced in society, and crimes likely to occur in it, also becomes one of the major important points of concern to the Criminal Law.

Keywords: Risk society. Legal interest. Reflexive modernity. Diffuse rights. Permitted risk. Criminal law's risk. Crimes of danger.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	O AMBIENTE POLÍTICO SOCIAL DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	10
2.1	Evolução da tutela penal da economia	10
2.2	A globalização e a sociedade de riscos.....	18
2.3	O conceito de Direito Penal Econômico e sua (pretensa) autonomia.....	26
2.4	A atividade empresarial e o Direito Penal Econômico.....	32
3	CARACTERÍSTICAS DA ATUAL TUTELA PUNITIVA DA ECONOMIA: RUMO À ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DP	38
3.1	A política criminal ligada à tutela punitiva da economia	38
3.2	A definição do bem jurídico protegido no DPE	41
3.3	As necessárias variações dogmáticas do Direito Penal Econômico em relação à matriz tradicional do Direito Penal	49
3.4	Como a atividade empresária recebe a expansão e administrativização do DPE?	59
3.5	A constitucionalização do DPE.....	63
3.5.1	A relação entre DP e a Constituição: valoração dos bens jurídicos	63
3.5.2	Mandados constitucionais	67
4	A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO CONSEQUÊNCIA DAS NECESSIDADES PUNITIVAS ATUAIS	71
4.1	O que se entende por administrativização do Direito Penal?	71
4.2	Quais as características da administrativização?	76
4.3	Quais as consequências da administrativização do Direito Penal?	79
4.4	Quais as consequências da administrativização no exercício de atividade empresarial?	84
4.5	As propostas de Hassemer e de Sánchez.....	87
5	POSSÍVEIS ALTERNATIVAS À ADMINISTRATIVIZAÇÃO	93
5.1	Como a Constituição pode orientar a expansão do Direito Penal	93
5.2	A proposta do Direito de Intervenção	100
5.3	Uma reconstituição da idéia de bem jurídico penal	104
6	CONCLUSÃO	110
	REFERÊNCIAS.....	112

1 INTRODUÇÃO

O poder punitivo estatal consiste na capacidade do Estado de criar e aplicar punições, por meios legítimos, voltadas para a consecução de objetivos sociais. Tratar-se-ia de uma das manifestações mais severas de intervenção estatal e que reflete, diretamente, a noção weberiana do Estado como detentor do monopólio do uso legítimo da força sendo uma manifestação da própria soberania¹.

O exercício do poder estatal pode ocorrer por meio de diversas formas e por diferentes modelos de sanções administrativas e penais, que, muitas vezes, têm pouca funcionalidade.

No Brasil, observa-se um processo de inflação normativa e de regimes punitivos. A repressão ao abuso do poder econômico tem sido marcada por intervenções estatais através de veículos normativos de natureza penal e administrativa, de modo a afetar a legitimidade dos mecanismos repressivos e sua real funcionalidade.

A nova realidade jurídica ficou conhecido como administrativização do Direito Penal. Para Baratta², este fenômeno abrange dois aspectos: o surgimento de normas penais acessórias às atividades administrativas e a similaridade dos tipos penais com as normas de intervenção da administração pública.

O primeiro aspecto trata do surgimento de normas penais acessórias às normas e às atividades administrativas do Estado. O Direito Penal se encontraria numa situação de acessoriedade administrativa na qual não existiria uma norma social que sirva de base à penal, mas um interesse da administração.

O segundo enfoque relata que os tipos penais novos tenderiam a se parecer, cada vez mais, na sua forma, com as normas de intervenção da administração pública. As normas penais se transformariam em instrumento de administração de situações particulares, de riscos excepcionais.

De acordo com Sanchez³, a administrativização do Direito Penal se insere no processo expansivo do direito penal que o converte num sistema de gestão primária dos problemas sociais. Ocorre que em várias ocasiões o processo de

¹ WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1982. p. 98.

² BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. Tradução Ana Lúcia Sabadell. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, nº 5. 1994. p.12.

³ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 155-156.

expansão provoca a justaposição das funções preventivas do direito penal e do direito sancionatório em geral, tornando-se muito difícil estabelecer diferenças teóricas entre o direito penal e os outros ramos do ordenamento jurídico, especialmente o direito administrativo sancionatório e o direito policial de prevenção de perigos. Trata-se, assim, de um processo progressivo de diluição destas fronteiras.

Ainda na concepção do mesmo autor⁴, seria possível afirmar que uma característica do direito penal nas sociedades modernas seria a adoção da forma de racionalizar o controle de condutas com base na lesividade global derivada de acumulações ou repetições, tradicionalmente própria do administrativo. Assim, o Direito Penal não somente assume o modo de racionalizar próprio do Direito Administrativo sancionador como se converte em um direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais.

A principal crítica a este processo aponta para o problema do novo Direito Penal não atender às garantias do Estado Democrático de Direito. Entretanto, apesar da pouca funcionalidade da proliferação de diplomas normativos para repressão de condutas, é preciso se atentar a necessidade do Estado de enfrentar os novos tipos de lesões a direitos supraindividuais.

Diante do exposto, tem-se que a presente pesquisa se propõe a analisar se na atual atividade empresária da complexa sociedade de riscos, qual deveria ser a efetiva dimensão da proteção punitiva, de modo a se afastar de uma simbólica administrativização do Direito Penal Econômico.

Para atingir tal objetivo, o trabalho em questão perpassa pelo estudo do ambiente político social do Direito Penal Econômico, pelas características da atual tutela punitiva da economia rumo à administrativização do Direito Penal, pela efetiva administrativização do Direito Penal como consequência das necessidades punitivas atuais e pelas possíveis alternativas ao atual cenário.

⁴ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 155-156.

2 O AMBIENTE POLÍTICO SOCIAL DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

O Direito Penal Econômico é inserido no sistema jurídico a partir da evolução econômica vivenciada a nível mundial. Uma nova realidade se verifica a partir dos novos contornos políticos, jurídicos e sociais experimentados pela humanidade.

Assim é que se torna de todo necessário compreender o ambiente político e social em que se insere a figura do Direito Penal Econômico, para que se tenha a exata noção e compreensão de seu alcance e de sua importância.

As transformações sociais percebidas na sociedade, através do fenômeno da globalização contribuem para o surgimento e o fortalecimento do Direito Penal Econômico, que passa a ser de essencial verificação pelo operador do Direito.

Passa-se, então, a proceder a esta indispensável análise.

2.1 Evolução da tutela penal da economia

O Direito Penal Econômico se encontra em voga nos dias atuais. A globalização, o multiculturalismo, a diversidade e as sociedades de risco modernas alteram constantemente a realidade humana. Assim, não teve outro destino o Direito Penal que não fosse seguir tais transições.

Baseado no Iluminismo, o liberalismo superou o Absolutismo, sob a bandeira do exercício racional do poder, da separação dos poderes e da imposição de limites às autoridades do Poder Público.

Conforme Esteban Righi⁵, a nova ordem jurídica teve como características a adoção do princípio da legalidade, a substituição do Monarca pela lei, a política do Estado sob controle da opinião pública, a absolutização dos direitos naturais do homem, da propriedade privada, da autonomia da vontade, das liberdades de trabalho e da adoção do princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Estado somente deve agir perante a ausência de vontade individual.

O Liberalismo sustentou a existência de uma lei natural, sendo certo que o mercado seria equilibrado pela política de liberdade de concorrência e de trabalho. O

⁵ RIGHI, Esteban. **Derecho penal econômico comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991. p. 3-6.

modelo liberal propunha uma separação entre o direito e a economia, o Estado e a sociedade.

O Liberalismo teve sua origem no contratualismo, tendo como principais expoentes Hobbes, Locke e Rousseau. De acordo com Luiz Vicente Vieira⁶, o modelo do contrato fundamentará, em bases diferentes, a organização civil. O indivíduo é a fonte de todo poder que é legitimado por uma convenção. Assim, de um só golpe, resolvem-se as questões da legitimidade do poder e da fonte de sua legitimidade baseada no indivíduo. O Contrato é, portanto, fundado no consenso. Os governantes, por ele instituídos, têm que corresponder às conseqüências decorrentes de uma convenção.

Ainda, segundo o referido autor, o contratualismo vigora especialmente nos séculos XVII e XVIII. Hobbes, Locke e Rousseau são os principais teóricos políticos a utilizarem este modelo que visa estabelecer a base do poder político no consenso, fundando o poder soberano.

Conforme Reale Júnior⁷, a cessão de parte da liberdade de cada indivíduo, por meio de um contrato político, é condição necessária para manutenção do convívio social, sendo injusta qualquer punição que vá além das necessárias para tanto.

Com efeito, baseado nos estudos de Renato de Mello Jorge Silveira⁸, o modelo socioeconômico teve suas origens no modelo liberal de exercício de poder, sendo que o desenvolvimento da economia seguiu caminho similar. O mercado, segundo tal concepção, deveria se organizar de acordo com leis naturais, em verdadeira autogestão.

A partir da Primeira Guerra Mundial, momento considerado como surgimento do Direito Penal Econômico - ou ao menos do nascimento da semente do que posteriormente viria a ser -, o Estado acaba por se ver obrigado a intervir no mercado, passando a ser instrumento controlador da vida econômica. Os conflitos sociais intensificados e as necessidades de uma economia levavam à tona exigência de um dirigismo estatal da vida econômica.

⁶ VIEIRA, Luiz Vicente. **A Democracia em Rousseau**: a recusa dos pressupostos liberais. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997. p. 15.

⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal** – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. V. I. p. 18.

⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 20.

Dessa forma, o abandono do modelo liberal se torna essencial, tendo em vista o intuito de maior controle pelo Estado. O Estado se viu obrigado a intervir no mercado, de modo a controlar a vida econômica. Nesse sentido, Comparato⁹ afirma que o Estado “não era mais indiferente a evolução das atividades econômicas ou as decisões dos agentes da economia privada”.

Com o advento da Segunda Grande Guerra e mais um período de profunda intervenção estatal, novas considerações passam a fazer parte da realidade social na segunda metade do século XX. Novos riscos alteram o cotidiano, observando-se uma necessidade mais acentuada de intervenção estatal. Assim como a Segunda Guerra Mundial, a Guerra Fria também foi fator decisivo para o desenvolvimento do Direito Econômico. E, como bem diz Manoel Pedro Pimentel¹⁰, surgiu: “Um novo tipo de criminalidade, fomentado por essa trama complicada que envolvia o mundo dos negócios, fazendo com que a violência cedesse passo à inteligência e à astúcia”.

Neste ambiente, a violência só aumentava e aos conflitos humanos adicionou-se uma criminalidade até então desconhecida, de natureza econômica. A noção de ordem econômica coincide com a queda do liberalismo econômico. Em outras palavras, com a passagem do Estado liberal para o Estado social, um novo tipo de criminalidade foi detectada.

A respeito da passagem do Estado liberal para o Estado social, Paulo Bonavides¹¹ assinala que o Estado na doutrina liberal era visto como oponente da liberdade, enquanto nas doutrinas contratualistas, o Estado seria a criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõe, de forma a promover a organização das várias vontades individuais.

O doutrinador retoma a ordem cronológica dos acontecimentos e explica que, a princípio, foram rompidas as amarras dos regimes totalitaristas para se sustentar a necessidade de um Estado liberal. Depois, como contraponto, o Estado socialista. Após, surge o Estado social com a constituição programática, eivada de conceitos abstratos e de declaração formal da existência de direitos. Por fim, origina-se o Estado social dos direitos fundamentais, munido de juridicidade e concreção de preceitos e regras garantidoras dos direitos.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 54, v. 353, p. 15, março de 1965.

¹⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 04.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

A igualdade tão-somente formal aplicada e o absentéismo do Estado Liberal em relação às questões sociais expandiram o capitalismo e agravaram a situação da classe trabalhadora. Com o advento da Revolução Industrial, a agravar a degradação dos trabalhadores, e a Revolução Russa de 1917, surgiu o movimento de resistência à exploração por parte dos oprimidos.

A partir da possibilidade de uma violenta ruptura do Estado Liberal, a burguesia adotou mecanismos de afastamento dos trabalhadores da opção revolucionária, de modo a criar um Estado Social com intervenção do Estado na economia e aplicação do princípio da igualdade material e justiça social.

Detentora do poder político, a burguesia passa a defender o intervencionismo, dando fim a postura absentéista do Estado e preocupando-se com os aspectos sociais das classes desfavorecidas.

Para tanto, foi necessária a substituição da igualdade formal presente no Estado Liberal pela igualdade material, que almeja efetivamente a justiça social. Assim, surgem os chamados direitos de segunda dimensão, situados no plano do ser, de conteúdo econômico e social e que almejam a melhoria das condições de vida e trabalho da população, ou seja, é necessário ter, materialmente, um mínimo de direitos assegurados e realizados para que o indivíduo possa realmente ser um cidadão.

A primeira Constituição a consagrar os direitos sociais foi a do México em 1917. Logo em seguida, é promulgada a Constituição Alemã em 1919, mas conhecida como Constituição de Weimar. No Brasil, a primeira Constituição a prever os direitos sociais foi a de 1934, que consagrou os direitos trabalhistas. Nesse sentido, Klaus Tiedemann¹² assinala que “o liberalismo do *laissez-faire* transmutava-se, assim, em uma tendência de um Estado preocupado com o bem-estar social”.

Neste contexto, a regulação jurídica das atividades econômicas deu nascimento às normas penais que protegem a atuação estatal. O intervencionismo estatal diagnosticou a crise do liberalismo e o caráter transnacional da nova face do Direito Penal.

¹² TIEDEMANN, Klaus. **Poder econômico y delito**: introducción al derecho penal econômico y de la empresa. Tradução Amelia M. Villegas. Barcelona: Ariel, 1985. p. 71.

Luciano Anderson de Souza¹³ identifica quatro fases da evolução da tutela penal na economia: casuísmo legislativo, proteção ao liberalismo, Estado do bem-estar social e retração do papel do Estado.

Na primeira fase, do casuísmo legislativo, era vigente o Direito Canônico e a utilização do controle penal ocorre em assuntos de interesse da economia, mas somente no sentido de correções de situações pontuais, sem qualquer sistematização legislativa ou dogmática.

Na segunda fase, da proteção ao liberalismo, o fortalecimento do modelo econômico liberal do Estado desperta uma razão sistêmica na regulação econômica. Com o surgimento do Estado Nacional, ocorre o rompimento com o Direito Canônico e perde-se um pouco o pudor de regular a economia. O surgimento da burguesia, o rompimento da ética protestante e a liberdade econômica numa seara de industrialização pressupõem o poder de conquistar novos mercados e consumidores. Verifica-se, então, a atuação de agentes econômicos gerando atos de concentração de capitais e monopólios, de forma a culminar no movimento de codificação.

Os Códigos Penais da França (1810), Bélgica (1867) e Itália (1889), de acordo com Luciano Anderson¹⁴, pune criminalmente a especulação de mercadorias e títulos. A coroar a segunda fase da tutela penal na economia, ressalta-se o *Sherman Act*, a primeira legislação antitruste dos Estados Unidos da América e que consagra a concorrência, de forma a punir criminalmente a pessoa física ou jurídica que pratica atos de monopólio.

Na terceira fase, do Estado do bem-estar social, inicia-se uma centralização do regramento econômico, objetivando a proteção de economias nacionais fragilizadas por meio do Direito Penal. A partir deste momento, nos dizeres de Luciano Anderson¹⁵, começam efetivamente as preocupações dogmáticas sobre a relação da tutela penal e economia.

Num contexto de guerra mundial, o dirigismo da economia se intensifica tanto nos países capitalistas, quanto no bloco soviético. A preocupação com a criminalidade econômica assume importante configuração na segunda metade do

¹³ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico** – fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 23-33.

¹⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico** – fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 23-33.

¹⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico** – fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 23-33.

século XX, culminando na disseminação da fórmula incriminadora. Jorge Figueiredo Dias e Manoel da Costa Andrade¹⁶ explicitam:

O caráter dirigista da economia do regime nacional-socialista e o seu posterior empenhamento na guerra fizeram surgir um Direito Penal Econômico hipertrofiado, caracterizado pela natureza administrativa do seu processamento e pelo rigor das sanções. Muitas das normas deste direito mantiveram-se em vigor, outras foram perecendo por falta de aplicação, outras substituídas por nova legislação dispersa e avulsa a que a *lei penal da economia* de 1949 procurou dar alguma arrumação. É nesta lei que, pela primeira vez, se introduz a contraposição entre um *direito penal* (econômico) e um *direito de mera ordenação social*, provocando o aparecimento da *Ordnungswidrigkeitengesetz* [Lei das Contra ordenações] de 1952. A lei penal da economia tem sofrido várias reformas importantes, a última das quais em 1975.

Na quarta fase, da retratação do papel do Estado, ocorre a redução da intervenção do Estado na economia. A superação do Estado do bem-estar social faz com que o Estado não interfira de maneira significativa no mercado o que não significa, contudo, a redução do Direito Penal na seara econômica.

Nesta senda, Bottini¹⁷ explica que o Direito Penal se ratificou como instrumento garantidor da política estatal e como gerenciador de riscos, conforme disserta:

Como se pode observar, a nova organização social e o paradoxo do risco são responsáveis por alterações significativas do direito penal. A legislação criminal sofre as primeiras influencias da insegurança social perante as novas tecnologias e altera seus dispositivos de acordo com o sentido das demandas pela maior ou menor restrição de riscos.

A partir de então, de acordo com Luciano Anderson de Souza¹⁸, a tendência expansionista jurídico-penal em matéria econômica permanece.

O Direito Penal Econômico trata, dessa forma, de uma intervenção penal no campo supra-individual, difuso, onde não se encontra vítimas reconhecíveis, nem se pode admitir a ocorrência de dano real ao bem jurídico protegido.

Desde as origens sempre se procurou cuidar de crimes atinentes a uma classe menos favorecida, contudo isso se transforma com a nova preocupação dos

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. **Problemática geral das infrações contra a economia nacional**. In: Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra, 1998, v. I, p. 325.

¹⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e principio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 109.

¹⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 23-33.

crimes econômicos. Agora se tem um novo paradigma estabelecido. Dito por muitos como a tutela de um Direito Penal dos poderosos, há agora a necessária criminalização de condutas agressivas à economia.

O crime de colarinho branco, *a priori*, é entendido como um crime praticado por uma alta classe social dentro do ambiente econômico de trabalho. Na descrição de Sutherland¹⁹, a noção inicial de delinquência econômica seria consubstanciada pelo crime praticado por uma pessoa respeitável e de elevado status social. A partir desta concepção e seus posteriores desenvolvimentos passou-se a entender o verdadeiro aspecto criminológico da questão.

Verifica-se, entretanto, com o passar do tempo, a democratização do capital, conforme os ensinamentos de Renato de Mello Jorge²⁰, o que gera uma definição da criminalidade econômica não necessariamente conduzida por um elevado estrato social. Seguindo o entendimento do autor, o Direito Penal Econômico cuida, então, tanto da criminalidade do colarinho branco, como do colarinho azul, que diria respeito aos profissionais operários.

A nova realidade deve conduzir o legislador e, principalmente, os aplicadores da lei penal, com o objetivo de preservar valores e garantias fundamentais da dogmática penal.

A noção de ordem econômica acaba surgindo no Brasil a partir da Constituição de 1934, influenciada pela ingerência estatal, de modo a denotar uma adequação ao fenômeno econômico. Todavia, é na Constituição da República de 1988 que se observa a maior abertura à tutela penal da ordem econômica, em razão de terem sido estabelecidos, em seu art. 170²¹, os fundamentos da ordem

¹⁹ SUTHERLAND, Edwin H. **Il crimine dei colletti Bianchi**. Tradução Gabrio Forti. Milano: Giuffrè. 1987.

²⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 27.

²¹ 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;

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.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

econômica brasileira, bem como, nos artigos seguintes, o surgimento de uma ampla gama de leis extravagantes a regulares.

Veja que com o advento da Carta Magna de 1988 passou-se nosso ordenamento jurídico a empregar especial atenção a novos preceitos, em busca da promoção da dignidade da pessoa humana. Em termos teóricos, o nosso constituinte cuidou de aplicar aos nossos objetivos, a garantia de direitos fundamentais a verificação plena da cidadania e da redução das desigualdes. A preocupação maior do Estado volta-se ao bem estar humano, a erradicação das desigualdades e a inclusão social. Mas não apenas nestas searas se guarda a necessária tutela estatal. A partir destes novos paradigmas, tem-se também o surgimento da necessidade de evolução de outros ramos do Direito, como é justamente o caso do Direito Penal²².

A partir desse momento é que o Direito Penal Econômico trata de situações diversas das tradicionalmente constatadas em nosso sistema jurídico. Segundo Martínéz-Buján Pérez²³, o Direito Penal Econômico cuidaria do “conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, entendida esta como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.”

Vale salientar que o Direito Penal Econômico desenvolveu-se juntamente com o Direito Econômico, como forma de instrumento protetor da ordem econômica, tendo como objeto o combate a criminalidade nas relações econômicas, que ganhou cada vez mais espaço em razão da dinamicidade, impessoalidade e do anonimato nelas presentes. Faz parte, portanto, da nova concepção econômica, tanto a preocupação da garantia dos direitos de terceira dimensão (cidadania, inclusão das minorias e erradicação da marginalização), quanto da tutela penal para os casos de violação desta ordem econômica.

²² Desejável seria a prescindibilidade das normas penais e, principalmente, das penas. Contudo, a evolução humana ainda não alcançou o estágio no qual a imposição de penas fosse desnecessária em prol da aplicação de medidas menos agressivas. Dessa forma, como grande delimitador da vedação de excessos em matéria criminal, surge o princípio da proibição de proteção insuficiente, identificado como o garantismo positivo. A formulação garantista sob o prisma negativo visa proibir a incidência do Direito Penal de maneira arbitrária, mas não neutralizar sua força. O princípio da proibição da proteção deficiente, bem como o princípio da proibição de excessos derivam do princípio da proporcionalidade, devendo ser interpretados conjuntamente. A respeito, Lênio Streck e André Coppeti (STRECK, Lenio Luiz; COPPETI, André. **O direito penal e os influxos legislativos pós-Constituição de 1988**: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição? Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS-RS. São Leopoldo, 2003, p. 225-295) assinalam que a intervenção estatal no corpo do Direito Penal e Processo Penal deve ser aquela minimamente necessária para a realização do estado democrático de direito nos países de modernidade tardia.

²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal econômico**. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 34.

A globalização deu novas formas às atividades ilícitas, tais como a criminalidade supranacional e o crime organizado, de modo que as estruturas tradicionais do Direito Penal não conseguem alcançar esta nova criminalidade econômica.

Assim, as mudanças perpassam pelas premissas sociais que requisitam uma intervenção punitiva, sendo que as proteções aos bens jurídicos adquirem novos contornos e o sistema punitivo tradicional cede espaço a uma intervenção agressiva e eminentemente prevencionista.

2.2 A globalização e a sociedade de riscos

Os avanços tecnológicos experimentados em continuidade à Revolução Industrial são caracterizados por um implemento das técnicas de produção, o que, por sua vez, culminam por promover uma nova realidade com a qual a sociedade atual tem que conviver, qual seja, a produção de riscos.

A produção social de grande parte da riqueza vem acompanhada por igual produção de riscos, de modo que, na medida em que são alcançados maiores níveis de forças produtivas, acabam, também, por serem criados diversos riscos sociais. Pode-se dizer que as novas tecnologias trazem um enorme desenvolvimento de inúmeras áreas de conhecimento, bem como criam novas situações, inéditas para o Direito.

Atualmente, e de acordo com o sociólogo alemão Ulrich Beck²⁴, o mundo se encontra na fase da modernização reflexiva, a qual se caracteriza por contradições das transformações contemporâneas, traduzida na produção de efeitos e ameaças não desejados, decorrentes do próprio processo produtivo adotado, bem como na capacidade do sistema de produção de identificar e questionar suas próprias características. Em outras palavras, seria a fase do autoquestionamento da sociedade industrial, baseado nos riscos da modernidade, que agora passam a fazer parte dos debates públicos.

²⁴ BECK, Ulrich. **A reinvenção da política**: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: Guiddens, Anthony; Beck, Ulrich & Lash, Scott. *Modernizacão reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997. p. 11.

A produção de novos riscos, frutos do avanço tecnológico, científico e econômico, acompanhada da compreensão de novos problemas sociais que dão ensejo a uma nova modernidade, configuram-se como o substrato de uma sociedade de riscos.

Com efeito, entende-se como risco o fato de as novas técnicas e tecnologias não serem manejadas com a destreza necessária, de maneira a gerar a concretização de alguns danos. Nesta senda, cabe ressaltar que apenas o risco – gerador da insegurança – é suficiente para que os cidadãos clamem por proteção jurídica, tutela a ser prestada pelo Estado.

Renato de Mello Jorge Silveira²⁵ aborda a evolução histórica dos riscos na sociedade, tecendo os seguintes comentários de todo elucidativos:

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 majoram. Aparecem, assim, novas situações até então desconhecidas, onde toda a existência e estrutura social se vêem abaladas. Nunca, enfim, este mesmo homem fez tão mal aos integrantes da mesma espécie. Clara é a situação trágica imposta pelo progresso. Difeririam os riscos em vários momentos ou fases na história da humanidade. Assim, poder-se-ia ter, inicialmente, aquela correspondente ao advento da Idade Moderna, onde os riscos não individuais seriam, ainda, incipientes. Segunda fase se estenderia dos finais do século XIX até a primeira metade do século XX, onde ainda se estava a lidar com riscos mensuráveis e controláveis, decorrência da sociedade pós-industrial. Esta seria, pois, a sociedade de risco atual.

Ora, os riscos sempre existiram. E, ao contrário do que muitas vezes se diz, a sociedade contemporânea acaba, não raras as vezes, por minorá-los, como no caso de doenças e algumas catástrofes da natureza. Contudo, a sociedade moderna passou a dar outro enfoque às questões e isso veio a influir no Direito Penal.

A este fato, e somada a sensação de insegurança da população, tem-se por outro lado a dificuldade para se estabelecer a responsabilidade pelos riscos que atingem as pessoas de forma individual, bem como de forma coletiva. Afinal, os riscos estão difundidos e diluídos, isto é, eles se espalham, uma vez que ocorrido

²⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 37-38.

um dano efetivo a certo bem jurídico, resta dificultoso - quando não impossível - individualizar as condutas dos envolvidos e demonstrar a culpabilidade de cada qual.

Neste norte, diferentemente de outros períodos, atualmente sabe-se que muitos dos riscos são tidos como artificiais, posto que produzidos pelo homem ou decorrentes de suas decisões. Percebe-se, então, que os riscos da modernização são consequências acessórias do processo tecnológico evolutivo que passamos nos últimos anos.

De acordo com Renato de Mello²⁶, o autoquestionamento da sociedade industrial, fundado no fato da legitimação dos riscos da modernidade, impõe a chamada “modernização reflexiva”, caracterizada pela possibilidade de auto destruição para toda a sociedade industrial. Surge aqui a idéia reflexiva como parâmetro de auto confrontação social.

Ulrich Beck²⁷ delinea as noções de primeira e segunda modernidade. A primeira seria baseada nos Estados-nações, tendo um caráter estritamente territorial, enquanto a segunda seria a modernidade reflexiva, resultante da quebra estrutural procedida pelos processos de globalização, individualização, revolução sexual, subemprego e riscos globais.

Alamiro Velludo²⁸ esclarece a distinção metodológica entre a modernização simples – ocorrida no surgimento da sociedade industrial – e a modernização reflexiva – segunda modernidade:

Se a modernização simples significava uma possibilidade do homem em alterar a sua realidade produtiva com a utilização de avanços científicos e tecnológicos que propiciaram o desencantamento do mundo, a modernização reflexiva integra na vida humana uma “segunda natureza” com a qual a sociedade passa a conviver. (...) A reflexão, por sua vez, trata-se do segundo momento da modernidade reflexiva, ou seja, ocorre quando a sociedade percebe aquela reflexividade e busca sua compreensão nas instancias estruturais sobrepostas às formas materiais de produção da riqueza. Dentre elas, encontra-se o Direito.

²⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 34.

²⁷ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. p. 2.

²⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 90.

Os riscos podem ser diferidos em diversos momentos na história da humanidade segundo Renato de Mello²⁹. O autor afirma que na Idade Moderna os riscos não individuais seriam ainda incipientes e, na segunda fase da história, que se estenderia dos finais do século XIX até a primeira metade do século XX, ainda se lidaria com riscos mensuráveis e controláveis. A terceira fase seria marcada pelo aparecimento contemporâneo de riscos graves e incontroláveis, decorrentes da sociedade pós-industrial (que seria, por sua vez, a sociedade atual).

Como contraponto, Juarez Tavares³⁰ defende que o entendimento de que a atual sociedade brasileira dos grandes centros urbanos, nos quais imperam a instabilidade e a insegurança, seria uma sociedade de risco é equivocada, posto que estas não são características da sociedade de risco. Em verdade, a sociedade brasileira referida é uma sociedade de insegurança pessoal e não de risco.

O autor explica que a sociedade de risco talvez seja constituída pela perda, cada vez maior, da liberdade individual, o que não decorre, necessariamente, da insegurança, mas sim da excessiva regulamentação das atividades sociais. Acrescenta que os meios de comunicação geram insegurança não ao divulgar fatos violentos, mas sim ao induzirem à conclusão de que o Estado deva regulamentar mais a vida social. Dessa forma, a sociedade resta inteiramente dominada pelo sentimento de insegurança e de um Direito Penal puramente simbólico.

Tendo em vista todo este contexto, Ulrich Beck³¹ propôs a formulação teórica de uma nova forma social, qual seja, a *sociedade do risco*. Houve uma substituição do anterior raciocínio de produção social de riquezas para a produção social de riscos. Os avanços tecnológicos, ao invés de manterem mecanismos de produção de riqueza, de forma a torná-los mais eficientes, acabou por criar uma situação social nova, em que o principal objetivo inconsciente é a produção social de riscos.

Luciano Anderson de Souza³² esclarece a respeito da situação de risco:

Apenas quando se puder contrapor à situação atual de conformação positiva (ausência de dano específico) uma antítese sua, de cunho negativo (realização do dano considerado) é que se estará diante do risco,

²⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 38

³⁰ TAVARES, Juarez. **O futuro do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 138-153.

³¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. p. 25-30.

³² SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 109-110.

caracterizado pela possibilidade de que algo negativo ocorra e que venha a macular o *status quo ante* de cunho positivo.

Ainda, segundo o mesmo autor³³, os riscos enfrentados pela moderna sociedade volatizam-se no tempo e no espaço. Em relação ao eixo temporal, pode-se sofrer hoje as consequências de um ato ou fato ocorrido há algumas décadas, bem como pode ocorrer de uma decisão humana tomada hoje vir a produzir seus efeitos daqui há algumas gerações, vivendo-se, então, sob a ameaça constante de uma incerta produção de efeitos previstos, mas ainda desconhecidos. Em relação ao eixo espacial, é possível dizer que há possibilidade de que as consequências venham a se produzir somente em outro Estado, mantendo ileso a população do local onde partiu a ação. É por isso que se fala que já não faz mais sentido a noção de Estado e fronteira, com a consequente existência dos dogmas supranacionais, ainda que não se afaste a figura da soberania.

Percebe-se que os riscos podem ser sentidos em diversos ramos do Direito. Porém, no Direito Penal, as sequelas podem ser mais drásticas, pois a sociedade de risco pode gerar, por exemplo, uma confusão fática entre os conceitos de *autor* e *vítima*, haja vista que qualquer um que tome uma atitude que ponha em risco algum bem jurídico de índole supra-individual ou coletivo poderá, depois, ser vítima de seus próprios atos.

Dessa forma, boa parte da doutrina, apesar de valorizar a imputação econômica, não aceita a idéia da proteção penal da sociedade de risco, na qual ocorre a proteção antecipada dos bens jurídicos. A iminência da transformação do Direito Penal em de Direito Penal de Perigo causa repulsa a muitos, apesar de ser o que vem efetivamente ocorrendo nos dias de hoje.

Dentre os autores contrários à constante antecipação de tutela que o Direito Penal vem promovendo na sociedade de risco, pode-se citar Hassemer³⁴, expoente maior da escola de Frankfurt, que, por sua vez, acredita no fenômeno de jurisdicização da sociedade de risco por meio de setores externos ao Direito Penal.

³³ SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 111.

³⁴ HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto em el derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 42.

Para ilustrar a não aceitação de um Direito Penal para a sociedade moderna de risco, elucidativa é a passagem de Chaves Camargo³⁵ acerca da defesa de Hassemer para a manutenção do Direito Penal individualizado e dotado de bens jurídicos pessoais e vinculados ao resultado:

Alguns aspectos, decorrentes do individualismo monista desta Escola, podem ser salientados, como a teoria pessoal do bem jurídico, proposta por Hassemer, que é criticada, veementemente, por Schunemann, por não atender os reclamos da sociedade pós-moderna, tendo tomado seus mundos fictícios e suas técnicas que encobrem seu núcleo essencial, não podendo, assim, ser acolhida pelo Direito Penal moderno.

A modernização simples representava uma possibilidade do homem em alterar sua realidade produtiva mediante a utilização de avanços científicos e tecnológicos, enquanto a modernização reflexiva significa outra realidade na vida humana, com a qual a sociedade passa a conviver. Entretanto, as formas crescentes de progresso possibilitam externalidades indesejadas, de forma que o próprio desenvolvimento se torne objeto de reflexão.

Esta fase reflexiva ocorre quando a sociedade percebe seu momento e busca a sua compreensão nas instâncias estruturais sobrepostas às formas materiais de produção de riqueza, sendo que, dentre elas, encontra-se o direito.

Portanto, a reflexão, além de tantas outras observações, verifica a impossibilidade do Direito Penal em abarcar as novas relações sociais que começam a ser inseridas com o avanço das forças produtivas. Constata-se, assim, que o principal objeto de análise social passou a ser a própria sociedade, o que aponta para novas análises da tipicidade penal.

Alamiro Velludo³⁶ discorre sobre o desenvolvimento da sociedade, com as seguinte palavras:

O desenvolvimento tecnológico e científico incessante, colocado à disposição dos homens dentro do sistema de produção capitalista, foi visto, até muito pouco tempo, de modo absolutamente positivo, capaz de outorgar aos seres uma qualidade de vida cada vez maior, mesmo que restrita ao enfoque do consumo de mercadorias. As forças produtivas foram capazes de intensificações e transformações jamais vistas em todo o tempo, ainda que para isso, a ideologia do sistema negasse insistentemente os efeitos colaterais que estas mesmas forças poderiam ocasionar. Tais efeitos –

³⁵ CAMARGO, Antônio Luis Chaves. **Sistema de penas**: dogmática jurídico-penal e política criminal. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 156.

³⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 92.

cumprer ressaltar – não se resumem ao aspecto da natureza, mas estendem-se à própria lógica do sistema produtivo e ao abalo das expectativas essenciais ao seu bom funcionamento. Os debates acerca do meio ambiente, da qualidade dos alimentos, das condições de trabalho, da abstração do capital foram completamente desprezados num primeiro momento.

O reconhecimento dos novos riscos faz com que a sociedade caminhe da demanda da produção tecnológica para a necessidade de gerenciamento, isto é, passa-se a buscar sistemas capazes de se auto regularem, de modo a reduzir a periculosidade da ação do homem. Todavia, como bem pondera o citado Alamiro Velludo³⁷:

A periculosidade alcança não apenas o mundo material físico, como os rios, as águas, os animais, a saúde, mas também as esferas institucionais elementares para a manutenção do capitalismo de padrões avançados. Surgem leis buscando a garantia na confiabilidade do mercado, a repressão a todo custo da lavagem de dinheiro, a tentativa de padrões mínimos de administração empresarial, controle de fluxos de remessa de capitais etc. A tutela do tipo penal alarga seus braços para abarcar não apenas a propriedade estática, mas suas formas de uso e criação.

Diante da nova realidade, a forma de controle dos problemas também não é mais suficiente para o combate das novas situações, acarretando numa crise do sistema penal. O Direito Penal e seu modelo clássico não mais conseguem sustentar os novos bens alçados à condição de *ultima ratio*. A sensação de medo e descontrole na sociedade de risco acarreta numa tipificação exacerbada.

A tipificação na sociedade de risco, em razão da perda de valores do Direito Penal clássico, volta-se para a noção de risco, de maneira a tentar a todo custo prever o comportamento dos cidadãos. Como bem diz Alamiro Velludo³⁸: “[...] a história da evolução típica atinge ao máximo a normatividade e abertura. Conforme se pode afirmar, o mundo torna-se grande demais para os limites rígidos da criminalização penal certa e fechada”.

A existência dos riscos independe de seu reconhecimento e não se modifica facilmente. O clamor público dentro de um sistema apenas ocasiona a diminuição de tensão sob a falsa sensação de controle das instituições de gerenciamento, em especial, da vigência dos tipos penais incriminadores.

³⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 94.

³⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 95.

A ação de demandar do sistema penal uma ampla reformulação prática não gerará maior eficiência na contenção dos riscos. Os bens jurídicos não agem mais como limitadores da criminalização, sendo a caracterização dos comportamentos a serem evitados que extrapola os limites das garantias dos cidadãos em razão do intervencionismo. Os bens jurídicos passam a ser vagos e indefinidos, e o tipo penal incriminador passa a angariar o controle de perigos abstratos.

Cabe salientar que o Direito Penal tem por objeto a proteção de garantias do indivíduo e estas, em momento algum, podem ser vitimadas ou cerceadas em razão de um pretense controle social. Não se pode aceitar nem mesmo que, no campo econômico, tenham os destinatários da norma menores direitos, sob pena de se recair na noção de um Direito Penal do Inimigo, conforme formulado por Gunther Jakobs³⁹.

Gunther Jakobs⁴⁰, ao desenvolver a noção de Direito Penal do Inimigo, prescreve que certa modalidade de conduta social mostra-se tão contrária ao idealmente esperado, que seu autor vem a ser posto como um inimigo da norma penal, de forma a abandonar até mesmo sua inteira condição e garantias como cidadão. A noção de um Direito Penal do Inimigo é esclarecida pelo trecho de Renato de Mello⁴¹:

Ampliando os conceitos contratuais iniciais de Rousseau e também de Fichte, pelos quais quem abandona o contrato cidadão deveria perder seus direitos como tal e, mesmo, como pessoa, Jakobs formula sua idéia de eliminação de sujeitos perigosos ao sistema. Isso, contudo, pode vir a justificar regimes de força, ditaduras legais e o império de uma negativa da Justiça, razão de inúmeras críticas que tal posicionamento acaba por receber.

Embora tanto o Direito Penal do risco, quanto o Direito Penal do Inimigo justifiquem a aplicação antecipada do Direito Penal, esta noção diverge daquela, a qual se funda nos novos riscos oriundos de uma nova sociedade.

Portanto, a perda de controle importa na noção de que todas as atividades são gerenciadas por um Direito Penal que integra o risco e define a margem mínima

³⁹ JAKOBS, Gunther. **Derecho penal Del ciudadano y Derecho Penal del enemigo**. Tradução Manuel Cancio Meliá. JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

⁴⁰ JAKOBS, Gunther. **Derecho penal Del ciudadano y Derecho Penal del enemigo**. Tradução Manuel Cancio Meliá. JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

⁴¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 43.

de segurança das relações contemporâneas, nas quais também se inserem aquelas de cunho econômico. Contudo, é impossível evitar todos os riscos sociais, salientando-se, sempre, a função seletiva do tipo penal.

Em verdade, a sociedade do risco ou da insegurança conduz ao chamado “Estado da Prevenção”, sendo que os processos de privatização e de liberalização da economia em que nos encontramos enfatizam esta tendência que, por sua vez, culminam na expansão do Direito Penal.

2.3 O conceito de Direito Penal Econômico e sua (pretensa) autonomia

Como já explicitado, o Direito Penal Econômico guarda origem na política intervencionista pós Primeira Guerra Mundial e adquire relevância com o fenômeno da globalização.

O Direito Penal Econômico é aliado da proteção da ordem econômica e tem seu desenvolvimento regado pelo progresso econômico, tecnológico e social, tendo como objetivo combater a criminalidade que deriva das relações econômicas.

Dado o contexto do surgimento da tutela penal na economia, há quem alegue sua aproximação ao Direito Empresarial, bem como aqueles que defendem sua identificação com o Direito Penal, como sendo um ramo ou até mesmo como disciplina autônoma, assim como outros, por sua vez, negam a sua existência.

João Marcello de Araujo Junior⁴² sugere que o Direito Penal Econômico deveria ser denominado de Direito Penal da Empresa, sob os seguintes dizeres:

Isso parece-nos correto, pois uma economia de mercado pressupõe, fundamentalmente, uma atividade empresarial, daí a tendência a que o Direito Penal Econômico no futuro venha a denominar-se de Direito Penal da Empresa. A realidade da vida econômica mostra hoje, com clareza, que os verdadeiros crimes econômicos são cometidos pelas empresas e não pelos indivíduos.

Certamente um dos sujeitos do Direito Econômico são as sociedades empresárias, que participam ativamente da política econômica estatal. Entretanto, a relação existente entre Direito Econômico e Direito Penal Econômico é

⁴² ARAUJO JUNIOR, João Marcello. O direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 7, n. 25, p. 142-156, jan./mar. de 1999. p. 151.

preponderante, não havendo razão para qualquer tipo de mudança em sua denominação. Como dito, o Direito Penal Econômico é aliado à proteção de toda a ordem econômica, razão pela qual esta denominação revela com maior precisão o seu campo de atuação.

Além da discussão quanto à nomenclatura do Direito Penal Econômico e de sua natureza, cabe destacar que até mesmo sua existência foi questionada, tendo sido invocado os mais variados argumentos para negar-lhe espaço dentro da Ciência Penal.

Como expoente dos doutrinadores contrários a existência do Direito Penal Econômico, pode ser citado Washington Peluso Albino de Souza. Segundo o autor⁴³, o conteúdo econômico situa-se: “[...] dentro das normas de cada um deles e teremos conteúdo econômico da norma de Direito Econômico e conteúdo econômico da norma de Direito Penal. As respectivas normas incumbem-se da diferenciação e da conexão”.

Certo é que o Direito Penal Econômico surgiu da conexão entre Direito Econômico e Direito Penal. Contudo, este vai além dessa relação, tendo como bem jurídico-penal a ordem econômica, de modo a identificar o ilícito penal-econômico de forma independente ao ilícito econômico.

Um equívoco corriqueiro que consta como tese negatória à existência do Direito Penal Econômico, destacado por Júlio Zini⁴⁴, é a identificação dos delitos contra o patrimônio individual e os delitos econômicos. Equívoco facilmente derrubado, já que nem toda ofensa à ordem econômica (bem jurídico-penal supraindividual) culmina em lesão ao patrimônio individual dos envolvidos nas relações econômicas e atingidos pela política econômica estatal. Daí porque não se tratar do objeto do Direito Penal, mas estender-se ao Direito Penal Econômico.

O referido autor aponta que outro obstáculo levantado contra o Direito Penal Econômico é a argumentação de que ele não concebia o delito econômico estruturado com base na noção de bem jurídico. Todavia, tal falácia só teria sentido num ordenamento jurídico-penal liberal, pois o Estado Liberal de Direito deveria proteger e garantir o exercício dos direitos naturais de seus cidadãos e aqueles decorrentes do contrato social - bens jurídico-penais individuais. O bem jurídico que

⁴³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Estudos de direito econômico**. Vol. 1. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1995, p. 67.

⁴⁴ ZINI, Júlio César Faria. **Apontamentos sobre o direito penal econômico e suas especificidades**. Ver. Faculdade Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 60, p. 147 a 207, jan./jun. 2012.

norteia as construções do Direito Penal Econômico é o bem jurídico-penal supraindividual, concebido a partir do movimento intervencionista estatal pós-Primeira Guerra Mundial, conforme já se demonstrou anteriormente.

Mais um ponto contrário, seguindo o posicionamento do mesmo jurista, à existência do Direito Penal Econômico seria a falta de codificação, sendo as leis extravagantes de delitos econômicos sem qualquer unidade. Em contrapartida, não se pode duvidar do caráter dinâmico das normas reguladoras da política econômica, bem como não se pode esquecer do papel unificador exercido pela Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal⁴⁵.

Como mais uma argumentação a negar sua existência, há ainda a concepção de que um Direito Penal Econômico só faria sentido dentro de uma economia capitalista. Ora, o Direito Penal Econômico independe de ideologias. Nesse sentido, Esteban Righi⁴⁶ afirma que, tanto no capitalismo quanto no socialismo, é “idêntica sua função técnico-formal, desde que sempre consiste em prevenir e reprimir fatos que infringem proibições”.

A tese negatória de que o Direito Penal não seria fragmentado, mas uno, integral e não sujeito a divisões também não merece respaldo. O Direito como um todo pode sofrer ramificações e especializações, assim como o Direito Penal – sendo ele mesmo um ramo do Direito como um todo.

Assim é que não se pode negar da existência do Direito Penal Econômico, devendo mesmo ser-lhe reconhecida sua existência dogmática. E, uma vez ultrapassada a discussão a respeito da existência do Direito Penal Econômico, é necessário o questionamento a respeito de sua pretensa autonomia.

A tese de autonomia do Direito Penal Econômico está ligada a diferenciação entre infração e delito, teoria esta que foi desenvolvida com a transformação do Estado Liberal para um Estado Administrativo. Nesse prisma, Righi⁴⁷ prega que o direito administrativo causou o aumento da ingerência estatal para promover o bem-estar.

⁴⁵ ZINI, Júlio César Faria. **Apontamentos sobre o direito penal econômico e suas especificidades**. Ver. Faculdade Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 60, p. 147 a 207, jan./jun. 2012.

⁴⁶ RIGHI, Esteban. **Derecho penal econômico comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 293.

⁴⁷ RIGHI, Esteban. **Derecho penal econômico comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 294.

Ora, o afastamento das noções de infração e delito acarretaria na quebra da unidade do ilícito, de modo que ilícito administrativo seria diferente de ilícito penal, sendo que o injusto é único em todo o Direito.

De acordo com Righi⁴⁸, no caso da infração econômica, a sanção administrativa seria de natureza disciplinar, regendo-se pelo princípio da oportunidade, enquanto no delito econômico, a sanção atuaria com o escopo de prevenção geral e especial, regendo-se pelo princípio da legalidade.

Assim, a infração econômica pertenceria ao Direito Administrativo, enquanto o delito econômico faria parte do Direito Penal Econômico. Todavia, em razão do caráter maleável e dinâmico do Direito Econômico, o Direito Penal Econômico deveria englobar uma flexibilização das garantias inerentes ao Direito Penal, tendo autonomia em relação ao mesmo.

Contudo, ainda não se pode admitir a autonomia do Direito Penal Econômico. Vejamos.

A dualidade *delito e infração* responsável pela dicotomia ilícito administrativo e penal é frágil, pois não há diferença substancial entre eles. Nesse sentido, José Cirilo de Vargas⁴⁹ adverte que “do ponto de vista substancial”, nenhuma diferença existe entre a ilicitude civil e a ilicitude penal”.

De outro norte, a alegação da flexibilização das garantias em razão do caráter contingente do Direito Penal Econômico não corresponde a um Estado Democrático de Direito. Até mesmo porque o Direito Administrativo sancionador comporta garantias de natureza penal e processual penal.

Ana Elisa Bechara⁵⁰ explica que, numa análise superficial, pode-se afirmar que delito é o fato considerado positivamente pelo legislador como tal, fazendo coincidir seus conteúdos formais e materiais. Entretanto, o questionamento acerca das condutas a serem proibidas pelo Direito Penal desperta a questão dos limites da intervenção penal, de modo que a mera exteriorização de uma vontade formalmente contrária ao imperativo da norma não basta para caracterizar como delitiva uma conduta, sendo imprescindível a materialização de uma ofensa ao bem jurídico tutelado. Assim, a norma penal não é apenas um imperativo, mas uma valoração

⁴⁸ RIGHI, Esteban. **Derecho penal econômico comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991. p. 292-301.

⁴⁹ VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal**: parte geral. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 319.

⁵⁰ BECHARA, Ana Elisa. **Direito penal econômico**: questões atuais. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 47.

que corresponde as exigências de garantia da existência e do desenvolvimento da vida social.

A aceitação da autonomia do Direito Penal Econômico acarretaria no rompimento com a tradição humanista e liberal do Direito Penal. Ademais, o Direito Penal Econômico não pode se isolar em seus fundamentos principiológicos, sendo que a mudança de perspectiva de proteção de bens jurídicos (do individual para o supra-individual) é a marca da ordenação normativa do Direito Penal Econômico, sem, contudo, perder a preservação de valores constitucionais na proteção de valores individuais e supra-individuais.

As transformações dogmáticas denunciam um sistema em evolução, mas que não se afasta dos princípios que inspiram sua formação humanística. O que se deve buscar é a interdisciplinariedade, isto é, as possibilidades de conversação com outras disciplinas jurídicas.

Portanto, comprovada a existência do Direito Penal Econômico e afastada sua autonomia, afirma-se sua natureza de especialização do Direito Penal, como um sub-ramo deste, imbuído da função de tutelar as práticas (criminais) da política econômica estatal. Para tanto, é dotado de normas de conteúdo econômico e caracteriza-se pela flexibilidade, revisibilidade, mobilidade e maleabilidade das condutas que tipifica.

Tais características são provenientes do Direito Econômico, posto que ambas as disciplinas envolvem trato de fatores econômicos influenciados pela política econômica nacional, internacional e globalizada, devendo ser capazes de acompanhar o contínuo movimento de evolução e obtendo a maleabilidade necessária por meio da aplicação do princípio da economicidade.

Sua mobilidade, maleabilidade e flexibilidade são também ratificadas pela transdisciplinariedade. O Direito como forma de controle social faz parte desse novo universo da globalização, de forma a construir sua ciência a partir de várias outras. Nesse contexto, o Direito Penal Econômico se encaixa muito bem, de modo a construir sua teoria a partir da Economia, do Direito Econômico, do Direito Constitucional e, claro, do Direito Penal.

Nesta senda, pode-se partir para a conceituação do Direito Penal Econômico.

O Direito Penal Econômico é, portanto, um instrumento protetor da ordem econômica, constituindo, como já dito, e destina-se a combater a criminalidade inerente às relações econômicas. Criminalidade crescente em razão da

dinamicidade, impessoalidade e do anonimato cada vez mais presentes nas referidas relações.

Segundo Luciano Santos Lopes⁵¹, o Direito Penal Econômico pode ser entendido como o conjunto de normas jurídicas de proteção à ordem econômica, considerando esta como a regulação jurídica de produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Tal autor afirma, ainda, que em sentido estrito, pode-se tratar do conjunto de normas jurídico penais responsáveis pela proteção da ordem econômica, esta tida como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia.

Já Manoel Pedro Pimentel⁵² entende por Direito Penal Econômico:

O conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes. [...] O Direito penal econômico, portanto, é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para sua realização.

João Marcello de Araujo Junior⁵³, por sua vez, concebe o Direito Penal Econômico como aquele que objetiva:

Tanto a regular o comportamento daqueles que participam do mercado, quanto a proteger a estrutura e o funcionamento do próprio mercado, como também, a política econômica estatal, sob o manto garantista, sem preocupação de segurança.

Por outro lado, o Direito Penal Econômico também já foi definido a partir de outros critérios, quais sejam: prático, processual e material.

De acordo com o critério prático, pelos dizeres de Righi⁵⁴, corresponderia o Direito Penal Econômico a um agrupamento de diferentes tipos que foram se incorporando ao de comportamentos lesivos à ordem econômica, em razão da necessidade de criminalização primária.

⁵¹ LOPES, Luciano Santos. Conceito de Direito Penal Econômico e sua pretensa autonomia. **Artigo publicado no caderno Direito e Justiça do jornal Estado de Minas**. Edição 04 de julho de 2011.

⁵² PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 10 e 21.

⁵³ ARAUJO JUNIOR, João Marcello. O direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 7, n. 25, p. 142-156, jan./mar. de 1999. p. 150.

⁵⁴ RIGHI, Esteban. **Derecho penal econômico comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991. p. 317.

Enquanto pelo critério processual, segundo Tiedemann⁵⁵, o Direito Penal Econômico lidaria com os fatos penais nos quais a prova criminalística não seria possível no caso em questão ou só era obtida superando grandes dificuldades financeiras ou temporais.

Já o critério material é norteado pela noção de bem jurídico, sendo o bem jurídico do Direito Penal Econômico a proteção da ordem econômica. Conforme Mourullo⁵⁶, Tiedemann⁵⁷ e Righi⁵⁸, o Direito Penal Econômico pode ser concebido nos dias de hoje através de um sentido estrito e de um sentido amplo.

O Direito Penal Econômico *stricto sensu* seria o conjunto de normas penais que tutela a ordem econômica, enquanto em *lato sensu* seriam as normas jurídicas de regulação dos bens econômicos. Dessa forma, Tiedemann⁵⁹ entende o Direito Penal Econômico em sentido amplo como “o conjunto daquelas normas jurídicas promulgadas para a regulação da produção, fabricação e distribuição de bens econômicos”.

Vale ressaltar que ambas as concepções coexistem, posto que, em verdade, tanto a ordem econômica quanto a regulação da produção, fabricação e distribuição de bens econômicos são abarcados pela política econômica estatal.

Portanto, pode-se dizer, em síntese, que o Direito Penal Econômico é o sub-ramo do Direito Penal incumbido de tutelar a política econômica estatal, sendo dotado de normas de conteúdo econômico específico e caracterizado pela transdisciplinariedade, mobilidade, revisibilidade e maleabilidade.

2.4 A atividade empresarial e o Direito Penal Econômico

Para se compreender exatamente o objeto do Direito Penal Econômico, passaremos a verificar o que é *atividade empresarial*.

⁵⁵ TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. **Cuadernos de política criminal**. Madrid, Edersa, n. 28, p. 65-74, 1986. p. 68.

⁵⁶ MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios. **Anuario de derecho penal e ciencias penales**. Madrid, n. 3, Tomo 37, fascículo 3, p. 677-691, sepbre/ dicbre de 1984. p. 679-680.

⁵⁷ TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. **Cuadernos de política criminal**. Madrid, Edersa, n. 28, p. 65-74, 1986. p. 73-74.

⁵⁸ RIGHI, Esteban. **Derecho penal econômico comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991. p. 320-325.

⁵⁹ TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. **Cuadernos de política criminal**. Madrid, Edersa, n. 28, p. 65-74, 1986. p. 73-74.

Como se extrai do Direito Civil, ramo que cuida do tema em comento, *atividade empresarial* é aquela exercida pelo *empresário* e pela *sociedade empresária*, os quais, destaque-se, somente podem ser compreendidos pela análise da atividade por eles exercida, denominada *empresa*.

Tomemos como base, então, o conceito de empresário e atividade empresária insculpidos no Código Civil de 2002, em seus artigos 966 e 982:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Veja-se que da redação dos referidos dispositivos legais ser possível afirmar que a *atividade empresarial* é a atividade exercida pela pessoa ou sociedade que irá qualificá-la como empresária, ou seja, a forma de exercício de suas atividades será sempre determinante para que seja possível a aplicação do regime empresarial.

Portanto, imperioso se revela a determinação da “empresa”, para que então possamos compreender com exatidão quem são os empresários e sociedades empresárias exercentes de atividade empresarial.

O legislador nacional, assim como o de outros países, não define empresa em nossas normas jurídicas, mas sim o empresário, como vimos nos dispositivos do Código Civil retro elencados.

Entretanto, é amplamente possível extrairmos do conceito colocado à disposição por nosso legislador, o conceito de empresa.

Isto porque, se o empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, a empresa somente poderá ser a atividade por ele desenvolvida, com todas as características anteriormente citadas.

Passemos, dessa forma, a classificar a empresa que, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho⁶⁰ pode ser assim entendida:

Conceitua-se a empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 01.

trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). Esse modo de conceituar empresa, em torno de uma peculiar atividade, embora não seja totalmente isento de imprecisões, é corrente hoje em dia entre os doutrinadores.

Na mesma linha, colhem-se os ensinamentos de Rubens Requião⁶¹:

O Prof. Giuseppe Ferri observa que a produção de bens e serviços para o mercado não é conseqüência de atividade acidental ou improvisada, mas sim de atividade especializada e profissional, que se explica através de organismos econômicos permanentes nela predispostos. Estes organismos econômicos, que se concretizam da organização dos fatores de produção e que se propõem a satisfação das necessidades alheias, e, mais precisamente, das exigências do mercado em geral, tomam na terminologia econômica o nome de empresa.

Percebemos, então, que empresa é a prática organizada e profissional de exercício de determinada atividade, que possibilita a prestação de serviços ou a colocação no mercado de bens de consumo, a fim de se atender a alguma necessidade humana, com o intuito de se buscar a maximização dessa produção, a fim de se obter lucro.

Em outras palavras, “empresa”, ou atividade empresária, deve ser entendida como verdadeira atividade, revestida de duas importantes características, quais sejam, econômica e organizada.

Ora, a empresa é econômica porque busca sempre a geração de lucro para quem a explora, ou seja, criar riquezas para aqueles que detém o risco da atividade.

É também organizada, vez que nela se encontram articulados e coordenados os mais básicos fatores da produção que, conforme já vimos na classificação de Fábio Ulhoa Coelho, podem ser entendidos como força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia. A conjugação desses fatores, para a produção de bens e serviços constitui a organização em questão.

Inobservando a atividade exercida qualquer desses fatores, certamente não poderá ser ela considerada empresária.

Assim, para que seja considerado empresário ou sociedade empresária, necessário observar se a atividade prestada encontra-se amparada pela classificação de empresa ora construída, ou seja, se a prática adotada se revela como de uma verdadeira empresa.

⁶¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 49.

E esta é justamente a posição trazida no já citado artigo 966, do Código Civil Brasileiro.

Percebe-se da leitura daquele dispositivo, que empresário é quem exerce atividade econômica organizada, com o intuito de produzir ou circular bens ou serviços no mercado, não podendo jamais ser tida como empresa aquela que não observa tais características.

Destaque-se, por oportuno, que a produção de bens é a fabricação de produtos ou mercadorias, sendo a circulação de bens a atividade de intermediação típica do comércio em sua manifestação originária; e a produção de serviços é a própria prestação de serviços, sendo a circulação de tais serviços a intermediação desta atividade.

Dessa forma, concluímos que o empresário é a pessoa que exerce a atividade que contém todos os elementos e características retro elencadas, atividade denominada empresa. O exercício desta atividade de forma individual se dá através do empresário individual, que é uma pessoa física. De forma coletiva, a atividade “empresa” poderá ser exercida através de uma sociedade empresária.

Feitos estes esclarecimentos, cabe ressaltar a relação entre a atividade empresária e o Direito Penal Econômico. Luciano Anderson de Souza assinala que cabe ao Estado, enquanto agente normativo e regulador da economia, a fiscalização, o incentivo e o planejamento da atividade econômica em nosso país, além de, em certos casos, explorar diretamente essa atividade. Desse modo, o Estado deve, em nome dos princípios gerais da atividade econômica nacional (esculpidos no caput do art. 170 da CR/1988), repreender o abuso do poder econômico que vise dominação dos mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros⁶².

O Direito Penal Empresarial, como já explicitado, é o sub-ramo do direito penal que visa tutelar a atividade econômica desenvolvida numa economia de mercado e, por conseguinte, possui íntima relação com a atividade empresarial, já que, em grande parte dos casos, os agentes infratores das normas são empresários no exercício de suas atividades e na busca da maximização de seus interesses.

A maioria dos delitos do sub-ramo em questão é praticada na produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Delitos como contrabando, descaminho,

⁶² SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico** – fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 38.

e delitos contra o sistema previdenciário são parte dessa gama do Direito Penal Econômico, bem como, por exemplo, os crimes previstos na Lei de Falência e Recuperação de Empresas, lei dos crimes contra o sistema financeiro (7.249/86), lei dos crimes ambientais (9.605/98), lei de licitações (8.666/93), lei dos crimes de lavagem de dinheiro (9.613/98), lei 9.279/96 (que prevê crimes contra as patentes, contra os desenhos industriais, contra as marcas, contra as indicações geográficas e os crimes de concorrência desleal), no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, arts. 61 a 76), na lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei nº 8.137/90).

Percebe-se, assim, que o legislador preocupa-se com a regulação da atividade empresarial, de modo a prever sanções penais para várias práticas que lesem interesses difusos. Pode-se afirmar, então, que o empresário, ao maximizar seus interesses, deve estar atento para que sua atividade econômica não prejudique o bem estar coletivo e, ainda, exerça sua relevante função social.

Nesse sentido, verifica-se também que um dos principais objetivos da tutela penal do que tange o Direito Penal Econômico, é assegurar que o patrimônio de uma pessoa jurídica atenda à sua função social, contribuindo para o regular funcionamento dos mercados, estabilidade econômico-social e, conseqüentemente, para um desenvolvimento socioeconômico sustentável. Isso tendo em vista que o legislador deu tratamento mais severo nos casos de ameaça a interesses econômicos coletivos, atendendo a um critério de proporcionalidade e razoabilidade das penas.

Importante mencionar que a empresa contribui para a estabilidade nos mercados, ajuda no processo de desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, auxilia na erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais.

Dessa forma, o Direito Penal Empresarial trata do conjunto de delitos, geralmente de natureza patrimonial, que podem ser praticados quando do exercício de atividade econômica organizada visando à obtenção de lucros, em uma economia de mercado.

São condutas graves, eis que suas conseqüências atingem, geralmente, pessoas indeterminadas e, ainda, pela finalidade de maximização dos lucros que inspira os autores. É um ramo diferente do direito penal comum eis que, neste, o que desencadeia a repressão é o dano sofrido por uma pessoa e, no caso do ramo penal econômico, o ilícito ameaça a esfera de interesses da coletividade.

Portanto, atualmente, o empresário deve se preparar para diferentes atuações do Poder Público. Em alguns casos, estas ações extrapolam o simples poder de polícia da Administração Pública e demonstram utilização do Direito Penal para tentar resolver situações nas quais o Direito Civil e o Administrativo são suficientes. Nestes casos, o Direito Penal não deve ser aplicado.

Com efeito, os crimes empresariais são apenados com a liberdade da pessoa, sendo necessária a atuação preventiva e com cautela para enfrentar investigações e acusações. Sendo assim, vale salientar que a criminalização de uma conduta só será adequada se outras formas de sanção ou outras formas de controle demonstrarem ineficiência frente à proteção de um bem jurídico. A acusação da prática de condutas criminosas pela pessoa física e pela jurídica somente pode ocorrer em último caso, tendo em vista a gravidade de um processo penal, ainda mais se não houver justa causa⁶³.

Não se pode esquecer que o empresário sempre busca eficiência no exercício de suas atividades, sendo certo que eficiência significa, naturalmente, a maximização de lucros e minimização de custos.

Pode-se dizer, por fim, que o empresário, ao exercer atividade econômica organizada, irá analisar todas as consequências de seus atos, tendo em vista que age maximizando seus interesses, em busca de lucros, dentro de um mercado livre e globalizado. Ele sempre tenta antever as consequências de seu comportamento. Trata-se de uma análise de custo benefício, exercício diário na vida de quem exerce atividade empresarial. E, em ocorrendo conduta criminosa, mediante o desvio da finalidade e da função social da atividade, o Direito, através do Direito Penal Econômico, deverá intervir, impondo sanções legais.

⁶³ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu §5º, do art. 173, confere ao ente jurídico a responsabilidade penal por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. O constituinte inseriu, ainda, um capítulo específico sobre o meio ambiente, no qual assinala a possibilidade de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas por crimes ambientais, conforme apregoa o art. 225, § 3º. Foram muitas divergências acerca da aplicabilidade do mandamento, até que em 1998, o legislador infraconstitucional editou a lei 9.605, seguindo o disposto na Constituição Federal, ratificando a responsabilidade penal da pessoa jurídica que incorra em crimes ambientais. Em contrapartida, quanto à ordem econômica, tal previsão resta apenas como disposição programática do art. 173 da Constituição Federal.

3 CARACTERÍSTICAS DA ATUAL TUTELA PUNITIVA DA ECONOMIA: RUMO À ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DP

3.1 A política criminal ligada à tutela punitiva da economia

Há na sociedade contemporânea uma grande necessidade da reconquista do Direito Penal racional⁶⁴, como forma de ratificar seu papel secundário e de tutela subsidiária e fragmentária de bens jurídicos. Isso se deve à crescente tendência de intervenção penal como um meio político idôneo para a solução dos problemas da sociedade hodierna, sendo atribuído às normas penais um papel propulsor social. Nesse contexto expansivo, o Direito Penal Econômico ocupa especial destaque.

De acordo com Silva Sánchez⁶⁵, são relacionados à expansão penal em geral, fatores como a globalização, criação de novos riscos, sensação social de insegurança e descrédito com outros meios de proteção. No entanto, Ana Elisa Bechara⁶⁶ adverte que tais causas levam à pretensa legitimidade da adoção de um novo modelo de sistema penal econômico baseado na busca de maior eficácia diante da demanda social de segurança. Contudo, assinala que tais fatores não deveriam resultar na aceitação do desprezo ao princípio da ofensividade, na administrativização do direito penal e na conversão do bem jurídico.

Com efeito, em consonância com o pensamento de Ana Elisa Bechara, a admissão de fatores exógenos como justificativa para a intervenção penal excessiva no plano econômico acaba por levar a um modelo repressivo que viola os pressupostos políticos-sociais de um Estado Democrático de Direito, de modo a gerar questionamentos sobre sua legitimidade.

A jurista⁶⁷ afirma que o Direito Penal materializa uma determinada política criminal que, por sua vez, depende dos princípios de organização política próprios

⁶⁴ O direito penal é racional e democrático quando caracterizado pela intervenção mínima e pelos dispositivos firmes a serem aplicados quando indispensável o controle estatal por intermédio de imposição de normas incriminadoras na seara individual, sempre respeitados os princípios constitucionais, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁶⁵ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales. Madrid: Civitas, 1999. P. 41 - 66.

⁶⁶ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (Coord.). **Direito penal econômico: questões atuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 41 - 66.

⁶⁷ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (Coord.). **Direito penal econômico: questões atuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 41 - 66.

do Estado a que corresponde. Em outras palavras, a natureza do Estado condiciona axiologicamente o critério de condutas a ser estabelecido em razão da racionalidade da intervenção penal.

O Estado Democrático de Direito consiste-se em uma legitimidade que se origina da necessidade de submeter o poder estatal a limites jurídicos democráticos, baseados na ideia liberal, mas sem se esquecer da resolução de problemas sociais. Desse modo, o sistema penal, como forma de controle social, é subordinado aos valores de todos os sistemas de controle, fundado na garantia dos direitos individuais.

Nesse diapasão, o direito penal democrático liga-se à proteção da sociedade e aos interesses dos indivíduos que a compõem. Assim, a necessidade de intervenção jurídico-penal somente se verifica quando seja realmente útil para cumprir seu objetivo protetor.

Todavia, tem-se de um lado a vontade de utilizar o Direito Penal como instrumento de apoio a políticas públicas e, de outro, conforme os dizeres de Ana Elisa Bechara⁶⁸, a necessidade de favorecer alguns interesses coletivos difundidos no âmbito social pelos denominados “gestores atípicos da moral” que, frequentemente, confunde-se com a conveniência da intervenção penal para impedir seu ataque.

Em verdade, o sistema penal apresenta certa discrepância entre a efetiva busca pela proteção social e a representação dos valores estabelecidos pelo Estado. Nesse sentido, Bechara⁶⁹ afirma que:

O Direito Penal é, então, por natureza, um instrumento de controle social formal com carga simbólica, na medida em que suas disposições não somente buscam impedir e reprimir delitos concretos, como também incidir na consciência jurídica geral, reforçando os interesses sociais reputados fundamentais.

Contudo, o caráter simbólico do Direito Penal torna-se criticável, tendo em vista que as normas não desempenham os devidos efeitos de proteção, restando apenas como uma adesão a determinada ideologia política.

⁶⁸ BECHARA, Ana Elisa. **Direito penal econômico**: questões atuais. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 45.

⁶⁹ BECHARA, Ana Elisa. **Direito penal econômico**: questões atuais. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 45.

Assim, o maior intervencionismo estatal e perfeitamente justificável num Estado Democrático de Direito não necessariamente se traduz numa maior intervenção penal. A coerção estatal não depende, necessariamente, da ameaça de reconhecimento de condutas criminais, e possível aplicação de tutelas penais.

Com efeito, a partir das influências da sociedade contemporânea, foram introduzidos novos bens jurídicos merecedores de proteção penal, os de orientação supraindividual. Em outros termos, sobre as pessoas e seus bens tradicionais há diversos interesses supraindividuais que demandam igual proteção estatal.

Dessa forma, a questão político criminal fundamental não se refere tanto à legitimidade da proteção dos bens jurídicos penais supraindividuais, mas sim à determinação de seu conteúdo material, justificante da necessidade da intervenção penal.

A princípio, pode-se afirmar que a ordem socioeconômica em geral seria um interesse social digno de tutela penal, de forma a prover sua manutenção e exercício, conforme os princípios constitucionais a ela aplicados. Todavia, não se pode simplesmente transpor o valor constitucionalmente garantido para a esfera penal, sendo necessária a delimitação do sentido material do mesmo.

Nessa linha, em se tratando de bens jurídicos coletivos do âmbito econômico, é importante a discussão dos bens jurídicos institucionais, ditos por Roland Hefendehl⁷⁰ como bens jurídicos de confiança. Neste caso, a ação indesejada em particular não afeta consideravelmente a confiança coletiva, mas, por outro lado, se tais comportamentos fossem permitidos, não haveriam as condições institucionais para a existência da confiança. Desse modo, a delimitação de sua proteção deve ser extraída da estrutura da ordem institucional do caso concreto.

Rafael Guirao⁷¹, nesta linha, afirma que os bens jurídicos supraindividuais podem ser divididos em dois grandes grupos, quais sejam, os bens jurídicos intermediários e os bens jurídicos institucionais.

Os bens jurídicos intermediários se configuram como contextos prévios de lesão de bens jurídicos individuais, podendo ser reconduzidos diretamente a um bem jurídico pessoal. Já os bens jurídicos institucionais, por sua vez, compreendem

⁷⁰ HEFENDEHL, Roland. **De largo aliento**: el concepto de bien jurídico. In: La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

⁷¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los danos cumulativos. **Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminología**, n. 04-08, 2002.

verdadeiros bens públicos, tendo sua lesão caráter autônomo, não dependendo de uma lesão prévia a um bem jurídico individual. Segundo o mencionado autor, no caso dos bens jurídicos institucionais, seriam admitidos os delitos de lesão.

Entretanto, de acordo com Juarez Tavares⁷², tal concepção pode levar à confusão entre bem jurídico e função. A relação entre um bem jurídico supraindividual e sua finalidade pessoal é garantia de que a intervenção penal não será decorrente da mera imposição de políticas públicas. Portanto, deve-se distinguir a noção de bem jurídico da idéia de função, esta diretamente relacionada a atividades de controle de determinados setores.

O jurista⁷³ ressalta que a diferença fundamental entre bem jurídico e função reside no fato de que a função não tem existência própria, dependendo de uma relação derivada de variáveis correspondentes a pontos referenciais de algo, sem significar em um interesse ou valor por si. Em contrapartida, o bem jurídico pode ser tomado e valorado por si próprio.

O processo de transformação da tutela de bens jurídicos à tutela de funções traz vários riscos, posto que se opõe aos princípios da ofensividade e da subsidiariedade, de modo a afastar-se do objetivo de garantia que o bem jurídico deve desempenhar. A alteração da tutela de bens jurídicos para a tutela penal de funções implica e um comprometimento do papel crítico do próprio bem jurídico.

Portanto, a questão político-criminal fundamental não reside na determinação do bem jurídico tutelado por alguma norma específica, mas, sim, em verificar se determinado interesse social de natureza econômica necessita realmente do âmbito jurídico-penal para sua efetiva proteção.

3.2 A definição do bem jurídico protegido no DPE

O delito econômico traduz uma conduta punível, tendo em vista que causa a ruptura do equilíbrio que deve existir para o desenvolvimento do fenômeno econômico, atentando contra a integridade das relações econômicas sob forma de dano ou ameaças à ordem econômica.

⁷² TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 203.

⁷³ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 203.

Com efeito, o Direito Penal não protege a realização do fenômeno econômico em si, mas sim a integridade da ordem. Dessa forma, qualquer conduta capaz de produzir a ruptura dessa ordem terá como consequência lógica uma necessária sanção.

O bem jurídico protegido pelo Direito Penal Econômico tem caráter supraindividual, com conteúdo econômico-empresarial e, em alguns casos, aparecem certos componentes de índole individual – sempre com relação com os interesses econômicos.

A teoria do bem jurídico no Direito Penal passou a ser mais utilizada, mas, ainda assim, para tal entendimento é necessário o conhecimento do surgimento das teorias e do conceito propriamente dito de bem jurídico penal.

O Direito Penal protege os bens jurídicos mais relevantes dos ataques mais graves a que estejam suscetíveis. É necessária uma seleção criteriosa dos bens, pois apenas os bens jurídicos fundamentais deverão ser penalmente tutelados, a fim de se evitar a ruptura da própria tutela.

Com efeito, a base para a determinação de uma ação como injusto típico se assenta na relação de necessidade de lesão ao bem jurídico, de modo que inexistem delitos dissociados de bens jurídicos. Em outros termos, o tipo penal ergue-se a partir do bem jurídico, orientando sua construção e seus escopos. Nesse prisma, Luisi⁷⁴ afirma que: “O bem jurídico tutelado é elemento sempre presente na estrutura de qualquer tipo penal. Já se disse com propriedade que a existência, a estrutura, os fins do tipo penal acham seu embasamento no bem jurídico tutelado”.

A ilicitude material surge justamente da inobservância da norma que resulta na lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. Conforme Mezger⁷⁵: “O conteúdo material do injusto da ação típica e antijurídica é a lesão ou a colocação em perigo de um bem jurídico (do objeto de proteção, do objeto de ataque)”.

Considera-se a finalidade protetiva do tipo como aspecto preponderante, de forma a entender o bem jurídico como pressuposto do tipo, sendo seu objeto de proteção.

⁷⁴ LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987. p. 50.

⁷⁵ MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. Traducion de la segunda edicion alemana (1933) y notas de derecho español por José Arturo Rodriguez Muñoz. Tercera edicion, adicionada y puesta al día por Antonio Quintano Ripollés. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

Em sentido oposto, Juarez Tavares⁷⁶ afirma que tal proteção não possuiria conteúdo real, pois não se pode aquilatar se a simples formulação típica de uma conduta como penalmente proibida proteja de fato o bem jurídico, posto que a referida menção poderia estar circunscrita ao âmbito formal. O referido autor defende ainda que a consideração da proteção ao bem jurídico como pressuposto do tipo faz com que o tipo se constitua num instrumento de manutenção e reprodução da norma, de forma a ignorar sua dimensão de garantia.

Por outro lado, em relação ao surgimento e conceituação do bem jurídico, Luiz Régis Prado⁷⁷ traduz em linhas gerais que:

A teorização acerca do conceito de bem jurídico sofreu um incremento a partir da primeira metade do século XIX, momento em que se iniciam as refutações da concepção clássica (de matriz iluminista), que vigorava anteriormente, do crime como sendo uma ofensa a um direito subjetivo, passando a ser concebido como uma ofensa a bens. Essa modificação conceitual inicia-se em consonância com os ditames do movimento iluminista, em que a questão punitiva despoja-se de conotações ético-religiosas, assentando-se o delito na violação do Contrato Social e tendo a pena um sentido preventivo.

Com efeito, e com o advento da Segunda Guerra Mundial, revigorou-se a noção de bem jurídico, passando-se a compreender que não poderia haver tutela penal sem a proteção de um determinado bem jurídico.

Já segundo Feuerbach, conforme colocado por Tavares⁷⁸, o delito seria uma lesão a direito subjetivo, sendo assim subordinado a um princípio material, qual seja, a preservação da liberdade individual. O delito deixa, então, de ser visto como uma lesão de dever com o Estado.

E dando sequência à evolução da conceituação, vem à tona Birnbaum, dito como responsável pela elaboração da definição de bem jurídico penal que rompe com a visão iluminista, pois passa a considerar o delito como lesão a bens jurídicos.

Traçando uma breve evolução do conceito, pode-se dizer que o bem jurídico é fruto do iluminismo, com fortes raízes na concepção de ofensa a direitos

⁷⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 180.

⁷⁷ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 27.

⁷⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 182.

subjetivos, consoante inclusive já salientou Jescheck⁷⁹. Todavia, segundo a professora Sheila Sales⁸⁰, foi com a conceituação empregada por Birbaum, acerca do delito como lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, que a teoria do bem jurídico começou a se elaborar.

Nessa esteira, *Binding*, citado por Hans-Heinrich⁸¹, expoente da concepção positivista do bem jurídico, considera o bem um pressuposto formal da norma incriminadora, de modo que o delito consiste na lesão a um direito subjetivo do próprio Estado. Aqui, há uma identidade entre o bem jurídico, o sentido e os fins da norma penal, de modo que a norma seria a criadora do bem jurídico, consoante já colocado por Feuerbach⁸². Voltando a Karl Binding, temos que este, assim, define o bem jurídico como: “[...] tudo aquilo que aos olhos do legislador resulta de valor para a comunidade jurídica, enquanto condição de uma existência saudável dela mesma”.

Para Franz Von Liszt, também citado por Tavares⁸³, o bem jurídico é considerado como o interesse juridicamente protegido, mas independente da vontade do legislador, ou seja, o interesse do qual se origina o bem jurídico é anterior à norma, situando-se num momento precedente, inclusive à vontade legislativa. Franz Von Liszt⁸⁴, portanto, define como bem jurídico: “(...) interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade”.

A concepção neokantista do bem jurídico, ao seu turno, surge no início do século XX. Nela, percebe-se a substituição da noção de sujeito pela noção de totalidade. Ocorre a superação da noção material de bem pela noção de valor, hipotético valor cultural expresso nas proibições da norma, sendo que tal noção resultou em diversos frutos⁸⁵.

⁷⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. V. I, p. 350.

⁸⁰ SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG.

⁸¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. V. I, p. 350.

⁸² JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. V. I, p. 187.

⁸³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. V. I, p. 181-182-188.

⁸⁴ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. p. 93.

⁸⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 189.

Nesta linha, Mezger⁸⁶ afirma que o bem jurídico é o: “(...) mais importante meio de interpretação em referencia ao tipo (concreto) e a suas singulares características”.

Max Ernst Mayer, citado por Tavares⁸⁷, enxerga na relação bem jurídico, certo valor cultural, sendo mesmo um substrato pré-jurídico dos processos legislativos, enquanto Welzel⁸⁸, por sua vez, trabalha com valores ético-sociais, considerando que há um liame subjetivo entre o dever e a pessoa, já que o respeito à norma dependerá do imperativo ético e da disposição individual de obediência. Dessa forma, Welzel relega o bem jurídico a segundo plano, mas sem se abster da noção de bem jurídico.

No finalismo, Welzel⁸⁹, ao trabalhar com a idéia de valores elementares de caráter ético-social, prega que: “[...] a missão do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mediante a proteção dos elementares valores de ação ético sociais”.

Em contrapartida, Gunther Jakobs⁹⁰, expoente do funcionalismo sistêmico, com singularidade, nega que o Direito Penal proteja bens jurídicos: “Do ponto de vista do direito penal, o bem não deve ser representado como um objeto físico ou algo do gênero, e sim, como norma, como expectativa garantida (...). O direito penal garante a vigência da norma, não a protecao de bens jurídicos”.

Para esclarecer, boa definição é a de Jorge de Figueiredo Dias⁹¹, que entende o bem jurídico como: “Expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.

⁸⁶ MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. Traducion de la segunda edicion alemana (1933) y notas de derecho español por José Arturo Rodriguez Muñoz. Tercera edicion, adicionada y puesta al dia por Antonio Quintano Ripollés. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957. p. 403.

⁸⁷ MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. Traducion de la segunda edicion alemana (1933) y notas de derecho español por José Arturo Rodriguez Muñoz. Tercera edicion, adicionada y puesta al dia por Antonio Quintano Ripollés. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, p. 190.

⁸⁸ WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. 11 edicion. 4 edicion castellana com traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1997.

⁸⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. 11 edicion. 4 edicion castellana com traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1197. p. 190.

⁹⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. Noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 34.

⁹¹ DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 63.

De outro norte, os preceitos do funcionalismo pugnam pela ordem e manutenção do sistema, sendo possível a definição de três diferentes concepções a respeito do bem jurídico. De acordo com Juarez Tavares⁹², seriam elas o modelo *funcional estrutural*, *funcional próprio* e *funcional impróprio*.

A primeira acepção seria a *funcional estrutural*, que parte do pressuposto de que a norma penal é instrumento de controle social, cujo objetivo deverá ser garantir a reprodução e estabilidade do sistema.

O segundo modelo, por sua vez, seria o *funcional próprio*, filiado do sistema de Jakobs, que parte do pressuposto de que as normas penais devem assegurar uma expectativa de conduta adequada, de modo que o bem jurídico passe a identificar e se aproximar do sentido de validade fática da norma.

Ao seu turno, a terceira acepção, com Roxin como expoente, pretende revigorar a noção de bem jurídico com o denominado modelo *funcional impróprio*, de modo a defender que o bem jurídico deve ter como finalidade a manutenção do sistema jurídico.

Claus Roxin é um dos principais defensores da utilidade do conceito de bem jurídico como mecanismo de limitação do poder punitivo estatal. Segundo o jurista⁹³, apenas a discricionariedade legislativa não é suficiente para legitimar a criminalização de condutas. Entende que não é possível desvincular o conceito de bem jurídico da finalidade que se atribui ao próprio Direito Penal, posto que a intervenção jurídico-penal deve resultar de uma “função social do direito penal” que consiste em⁹⁴:

Garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.

De outro prisma, deve-se atentar às funções do bem jurídico, quais sejam, as primordiais funções *limitadora*, *exegética*, *individualizadora*, *sistemático-classificatória* e *crítica*. A classificação em questão foi determinada por Gisela

⁹² TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 196.

⁹³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 11.

⁹⁴ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16.

França da Costa⁹⁵ por meio de estudos de autores como Luiz Regis Prado, Juarez Tavares e Nilo Batista.

O bem jurídico tem função limitadora à medida que impede o poder punitivo estatal de proceder a uma seletividade aleatória, numa veia político-criminal, já que o gesto de restringir a produção legislativa de tipos penais simboliza uma garantia do indivíduo. Assim, o bem jurídico delimita a norma e sua elaboração.

O bem jurídico tem também função exegética, pois todo delito tem que necessariamente ameaçar ou lesionar o respectivo bem, sendo este um elemento basilar do conceito. Nesse sentido, Luiz Régis Prado⁹⁶ exprime que no bem jurídico há:

Um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e seu alcance à finalidade de proteção de certo bem jurídico, não sendo possível interpretar, nem por via de consequência conhecer, a lei penal, sem lançar mão da idéia de bem jurídico.

Possui o bem jurídico, ainda, função individualizadora, por ser um dos critérios de dosimetria da pena no momento de sua fixação, pois será levada em conta a gravidade da lesão ao mesmo.

A função sistemático-classificatória do bem jurídico funciona como um critério de agrupamento de crimes no Código Penal, posto que os tipos penais são agrupados em determinadas categorias conforme o bem jurídico protegido, de maneira a criar um sistema de classificação criminal.

Por fim, a função crítica do bem jurídico se justifica na medida em que possibilita a indagação do motivo da opção legislativa ter se dado na escolha daquele bem, ao invés de outros.

Em verdade, a transformação de qualquer bem em um bem jurídico penal é uma escolha legislativa que perpassa por escolhas políticas de um dado contexto social, econômico e histórico de uma determinada sociedade, num dado momento.

Conforme o entendimento de Luiz Régis Prado⁹⁷, a noção de bem jurídico é associada à idéia de que o Estado serve ao indivíduo, sendo que o Direito

⁹⁵ COSTA, Gisela França da. Bem jurídico penal e estado democrático de direito. **Revista Eletrônica Novo Enfoque**, 2007, v. 04, n. 04, p. 272.

⁹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 27.

⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 27.

Constitucional funcionará como uma imposição de limites ao direito de punir, limites esses compatíveis com as garantias do Estado Democrático de Direito.

O autor considera, ainda, os direitos constitucionais do cidadão, os valores objetivamente tutelados e outros da seara do Estado Democrático de Direito como bens suscetíveis de proteção penal.

Assim, a característica principal do bem jurídico é a de delimitador da norma penal e de garantia do indivíduo frente ao Estado. Por isso, é temida a substituição da idéia de bem jurídico pela de estabilidade normativa ou mera manutenção do sistema. Afinal, o objetivo do Direito Penal, além da proteção dos bens jurídicos socialmente relevante, como se tem defendido, deve ser pautado pela admissão da intromissão Estatal na esfera da liberdade humana somente em última instância e se estritamente imprescindível.

Os bens jurídicos penais podem, ainda, ser divididos em *individuais*, *supraindividuais*, *metaindividuais*, *universais*, *macrossociais* ou *coletivos*.

Conforme Luiz Régis Prado⁹⁸, os bens jurídicos individuais são frutos do Estado Liberal de Direito, consistindo na defesa dos direitos naturais e dos decorrentes do contrato social, sendo que hoje têm como diferenciados a sua titularidade, pois pertencem ao indivíduo, que possui seu controle e disposição de acordo com sua vontade.

Já os bens jurídicos supraindividuais resultam da política intervencionista estatal e do Estado Social de Direito, tendo titularidade de massa, universal, não coletiva e difusa.

Como já dito, o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico é a ordem econômica, um bem jurídico supraindividual, que, segundo Costa Andrade⁹⁹ se caracteriza: “materialmente pela sua relevância direta com o sistema econômico cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se pretende assegurar”.

O bem jurídico supraindividual citado, ou seja, a ordem econômica, aqui tutelado, representa a proteção da política econômica, missão esta do sub-ramo Direito Penal Econômico e, para tanto, abarca o sentido estrito e amplo da ordem econômica.

⁹⁸ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral: arts. 1º a 120. V. 1. 5 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 272.

⁹⁹ COSTA ANDRADE, Manuel da. **A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei nº 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de <<bem jurídico>>**. In: **Ciclos de estudos de direito penal econômico**. 1 ed. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985. p. 91.

Munoz Conde¹⁰⁰ adverte que:

Esta ordem econômica em sentido estrito não é, pois, outra coisa que a intervenção direta do Estado na relação econômica, como um sujeito de primeira ordem, impondo, coativamente, uma série de normas ou planejando o comportamento dos sujeitos econômicos.

Por sua vez, o conceito amplo concebe a ordem econômica como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Os bens jurídicos supraindividuais não possuem fortes raízes ontológicas e, por isso, requerem processos hermenêuticos para sua determinação. Para tanto, as características do Direito Econômico de maleabilidade, flexibilidade e mobilidade são também presentes no Direito Penal Econômico e, por conseguinte, no bem jurídico penal supraindividual ordem econômica.

O caráter dinâmico do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico justifica algumas necessárias variações dogmáticas em relação ao tradicional Direito Penal, conforme veremos a seguir.

3.3 As necessárias variações dogmáticas do Direito Penal Econômico em relação à matriz tradicional do Direito Penal

O Direito Penal tradicional, formado sob inspiração do iluminismo entre a segunda metade do século XVIII e a primeira metade do século XIX, era voltado para a tutela dos direitos fundamentais da pessoa contra as intervenções do Estado, bem como para a redução da violência e da arbitrariedade, características de um passado não muito distante.

Nesse diapasão, Luiz Flávio Gomes e Guilherme Jorge¹⁰¹ contemplam que:

Sob a inspiração filosófica iluminista desenvolveu-se um conjunto de idéias limitadoras do exercício do poder punitivo estatal (do *ius puniendi*) que é, ainda hoje, patrimônio universal e que pode servir de base para uma verdadeira plataforma de resistência (à hipertrofia e instrumentalização do direito penal), em virtude da proeminência que foi conferida a alguns valores essenciais para o ser humano como dignidade humana, liberdade e justiça.

¹⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Cuestiones dogmáticas básicas em los delitos económicos. **Revista Penal**. Barcelona, año 1, n. 1, p. 67-76, ene. de 1998. p. 68.

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guilherme Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 18.

Em verdade, as bases do Direito Penal tradicional por meio da leitura das atuais Constituições consistem em fonte primária para a crítica do moderno direito penal.

O Direito Penal tradicional, como sendo liberal e garantista, foi constituído com o propósito de cumprir dupla finalidade, isto é, servir como proteção de bens jurídicos e servir de garantia para a liberdade do cidadão.

Por configurar um instrumento de violência e repressão (verdadeira coerção), espera-se do Direito Penal a sua utilização equilibrada e proporcional, de modo a assegurar a convivência social com punições somente das condutas que perturbarem tal tranquilidade, por meio da afetação concreta de bens jurídicos fundamentais, previstos na norma fundamental do Estado.

Com efeito, o sistema penal deve ser utilizado com cautela, devend ser acionado somente nos casos de verdadeira necessidade, ou seja, quando nenhum outro meio for hábil para tanto e apenas para aqueles bens de suma importância na sociedade. Nesse sentido, esclarecem Luiz Flávio e Guilherme Jorge¹⁰²:

Adotados os clássicos princípios liberais, a sanção penal consistente na privação da liberdade somente pode ter incidência quando absolutamente necessária, é dizer, quando outros meios não se apresentem como mais idôneos (subsidiariedade do direito penal) e mesmo assim tão somente diante dos ataques mais intensos (para os bens jurídicos mais relevantes) ou que possam causar ao menos sério e concreto risco de dano (perigo concreto) para o interesse tutelado (fragmentariedade do direito penal).

Em outras palavras, apenas a ofensa intolerável é que justifica a intervenção penal na liberdade humana, sendo absolutamente necessário que o poder estatal seja delimitado e que suas formas de ingerência sejam claramente descritas na lei. Os supracitados autores complementam¹⁰³:

A intervenção do direito penal, em conseqüência, deve ser mínima e somente quando há um ato (intolerável) de violação a um ("autentico") bem jurídico (*Verletzungshandlung*). Recorde-se que no tempo do direito penal tradicional identificava-se com toda clareza o autor do delito, o ato criminoso e a vítima que havia sofrido um dano insuportável e visível (passível de comprovação judicial, dentro de devido processo). Isso decorria da clareza com que se podia definir o bem jurídico protegido.

¹⁰² GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guilherme Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 21.

¹⁰³ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guilherme Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 22.

O Direito Penal Econômico rompe com essa tradição, pois leva ao extremo a pretensão da tutela de bens jurídicos ao inserir no sistema penal uma série de fatores inadequados e levar ao extremo a premissa da proteção dos bens jurídicos com ênfase na prevenção. Acentuam-se, ainda, agressões aos princípios fundamentais da justiça penal, como o da intervenção mínima, legalidade, culpabilidade, necessidade, ofensividade, dentre outros.

Dessa forma, o Direito Penal Econômico vem se distanciando dos conceitos originais e fundamentadores da intervenção punitiva, de modo a modular um direito “simbólico”, em nítida evolução democrática dos preceitos básicos do Direito Penal tradicional.

Exemplificando tais transformações, Shecaira¹⁰⁴ discorre a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica:

A responsabilidade “penal” da pessoa jurídica, por exemplo, prevista na Lei Ambiental (Lei 9.605/1998, art. 3º), insere-se com perfeição nesse contexto de afastamento do clássico direito penal. Pessoa jurídica e direito penal são duas entidades inconciliáveis. Isso não significa que a pessoa jurídica, quando obtém algum benefício com o crime, não tenha que ser punida. O que se questiona é o uso do direito “penal” para sua penalização. *De lege ferenda*, urge a construção, para isso, de um específico direito sancionador, jamais fundado na pena privativa de liberdade, mas aplicado pelo Judiciário e segundo as garantias do devido processo legal. De qualquer modo, por ora, tendo em vista o disposto na Lei Ambiental (Lei 9.605/1998, art. 3º), que prevaleça, pelo menos, a interpretação menos traumática da “dupla imputação”, isto é, jamais seria concebível imputar uma infração “penal” exclusivamente à pessoa jurídica, sem apontar as pessoas físicas que praticaram tal infração em nome dela.

Destarte, o avanço tecnológico inerente à sociedade do risco coloca em evidência a necessidade de tutela jurídica de certos e determinados bens. Em relação ao Direito Penal, deve ser analisada se esta necessidade de intervenção jurídica representa uma necessidade de intervenção jurídica-criminal ou se é possível a convivência com um controle mais brando e menos garantista a ser desempenhado por outros ramos do Direito, como o Administrativo.

Outra questão que deve ser indagada é a maneira correta de se manipular os institutos dogmáticos para a persecução de tais condutas que afetam, em regra, não somente os bens jurídicos supra-individuais, mas também se individualizam ou

¹⁰⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomao. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação**. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisorias e direito penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 140.

podem se individualizar na verificação de uma violação do bem jurídico individual das vítimas identificadas ou identificáveis.

Ao se tipificar uma conduta considerada atentatória a um bem jurídico de conteúdo coletivo, faz-se segundo certas regras e determinadas considerações. Porém, os bens jurídicos coletivos se apresentam muitas vezes dotados de características duradouras, o que causa certa dificuldade em encontrar expressões sinônimas e precisas para o tipo.

Desse modo, o legislador penal acaba por optar pela solução mais fácil, que é representada pela formulação de um tipo aberto¹⁰⁵, caracterizado pela vagueza e ambiguidade dos termos. O que vem ocorrendo no sistema penal brasileiro é a formulação de tipos de perigo e o uso de tipos abertos, vagos e imprecisos.

O instituto do bem jurídico sempre foi dotado de instrumentalidade, de modo a orientar o sistema de Direito Penal e contribuir com suas funções de limitação ao direito de punir do Estado, interpretação, individualização da pena e sistematização.

A natureza do bem jurídico que se busca proteger e sua respectiva representação social utilizam a tipicidade como ferramenta do exercício de controle.

Antigamente, os bens jurídicos individuais e concretos é que demandavam proteção, sendo que os tipos dolosos supriam essa necessidade para abarcar delitos contra a vida e contra o patrimônio. As relações sociais foram se tornando mais complexas, de modo a surgir a demanda por tipos culposos, em razão dos acontecimentos da vida cotidiana como os acidentes de trabalho, as expectativas comportamentais no trânsito e o manuseio de tecnologias.

Hoje, por sua vez, diante da sociedade de risco, temos os tipos de perigo, novos pilares de expectativas de controle social aos bens jurídicos difusos, demarcadores dessa nova realidade penal.

A alteração da dinâmica do tipo penal se refere às novas estruturas sociais indispensáveis e que deverão ser mantidas pelos novos tipos. Nos casos dos bens jurídicos difusos, seu diferencial está na orientação da tipicidade penal em proteger

¹⁰⁵ Luciano Santos Lopes esclarece que nos tipos penais abertos a proibição não está totalmente descrita, de forma exaustiva, nos elementos objetivos, de modo que a ilicitude não é verificada apenas pela ausência de uma causa de justificação. A descrição do objeto de proibição é insuficiente para se relacionar com a ilicitude, sendo que o conteúdo proibitivo está vinculado a interpretação judicial (Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial na Contemporaneidade, II, Organização: Jean Carlos Fernandes; Autores: Jason Soares de Albergaria Neto; Espíndola, Amanda Vilarino; José Barcelos de Souza; Luciano Santos Lopes; Luiz Fernando da Silveira Gomes. Belo Horizonte: RTM, 2012. p. 99 - 138).

uma determinada instância ou localidade social na qual as pessoas interagem de diversas maneiras.

Nesse prisma, a própria noção de lesividade deve ser revista, já que o comportamento típico dispensa a lesividade individual diante da agora vigente lesividade à instância, que visa o bom gerenciamento de um setor social.

Sanchez¹⁰⁶ explicita o novo paradigma de que é possível sancionar penalmente uma conduta individual ainda quando esta não seja em si mesma lesiva do bem jurídico (nem o ponha por si só em perigo relevante), mas que, se realizada também por outros sujeitos, certamente lesará o bem jurídico correspondente. Assevera¹⁰⁷:

O que ocorreria se todos fizessem o mesmo? Pois se trata de casos em que a conduta individualmente considerada não provoca um risco relevante (ou seja, harmless), enquanto, por outro lado, se admite que “general performance would be harmful” e que sua prática por uma pluralidade de pessoas não constitui simplesmente uma hipótese, senão uma realidade atual ou iminente.

As instâncias da sociedade de risco, elaboradas com o avanço das forças produtivas, exigem os crimes de perigo, posto que danosos para a manutenção da organização e necessários ao seu gerenciamento.

Para o bom funcionamento dessas instâncias, é necessário o controle por meio do sistema penal, acarretando a sua expansão. A produção de riscos inerentes às atividades cresce de forma contínua, sendo que tais riscos vão sendo percebidos de forma retardada, buscando-se, então, no Direito Penal, o desejo de controlar os efeitos dessa intolerância. Nesse sentido ensina Alamiro Velludo¹⁰⁸:

As novas dinâmicas de uma sociedade aglutinadora de riscos, e promotora de relações humanas mediatizadas por tecnologias transformadoras da humanidade do erro em forças destrutivas, passam a empenhar o direito penal na necessidade de gerenciar esse concerto.

Assim, a grande questão constatada no Direito Penal Econômico se encontra na gestão de riscos da atual sociedade, resultando na desmaterialização, ampliação

¹⁰⁶ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales. Madrid: Civitas, 1999. p. 121.

¹⁰⁷ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales. Madrid: Civitas, 1999. p. 121.

¹⁰⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 104.

e flexibilização dos princípios e garantias tradicionais, indo até mesmo além do limite do aceitável.

A atual política criminal trabalha com interesses difusos e novos problemas como os ambientais, a criminalidade organizada, a informática, o comércio exterior, o controle de armas bélicas, a globalização criminal, e tantas outras questões que demandam certas providências que resultam no abandono do princípio da subsidiariedade, de modo a ter no Direito Penal a solução primeira do controle social.

Para tanto, o sistema penal brasileiro hodierno recorre cada vez mais aos tipos de perigo, muitas vezes abertos, vagos e imprecisos.

Os delitos de perigo, ou seja, que trazem à tipificação uma conduta que não ocasiona um dano como resultado de alterações naturalísticas de lesividade individual, são distinguidos na doutrina como crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

Na primeira situação, ou seja, no crime de perigo concreto, o legislador elabora tipos em que trata o perigo como elemento do tipo, descrevendo-o na hipótese fática. Exige-se que o perigo se verifique concretamente, ou seja, que a conduta do infrator da norma realmente exponha a perigo o bem jurídico tutelado. A elaboração do tipo passa pela referência ao perigo na descrição do tipo.

Já no crime de perigo abstrato, o perigo consiste tão somente em motivação para a elaboração do tipo. Então, o perigo não irá se incluir na estrutura própria do tipo, nem de forma indireta. Ocorre, neste contexto, uma presunção de perigo na conduta descrita no tipo penal, sem que seja necessária a efetiva comprovação de que a atuação do agente colocou, efetivamente, o bem jurídico em perigo. A presunção é absoluta, não admitindo prova em contrário, de modo que o perigo é ínsito à conduta perpetrada.

Há casos em que a doutrina prega que deveriam ser reconhecidas hipóteses fáticas em que tipos penais refletem, em verdade, a formulação de tipos de perigo abstrato presumidos de forma relativa, sendo admitida a discussão a respeito da possibilidade de que a conduta não praticada não tenha efetivamente colocado em risco o bem jurídico tutelado. Renato de Mello¹⁰⁹ disserta sobre as peculiares características dos tipos de perigo abstrato:

¹⁰⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 118.

Nota-se, entre eles, a ausência de resultado material de lesão ao bem jurídico. É, pois, evidente o conceito residual que transparece nos crimes de perigo abstrato. Sendo fruto de uma hipótese, ele somente existirá na mente do legislador, pouco restando, assim, ao juízo do magistrado. Aí o grande mote de crítica. O crime de perigo abstrato tem características em particulares campos. Mais do que tudo, é substancial a verificação de que, ao contrário do que se observa nos casos concretos, é de se ver que aqui o perigo posto ao bem jurídico não aparece explicitamente no tipo penal. Ele irá se mostrar na consideração feita pelo legislador, o qual acaba por justificar, mediante lei, dada incriminação.

Diante do “Estado da Insegurança”, da necessidade da gestão dos riscos e do caráter dinâmico do bem jurídico penal supraindividual ordem econômica, o Direito Penal Econômico recorre, ainda, a utilização de normas penais em branco e de elementos normativos do tipo para tipificar as condutas contrárias à política econômica.

As normas penais em branco permitem que o Direito Penal Econômico acompanhe as rápidas transformações do sistema financeiro, do sistema tributário, do sistema previdenciário e todos aqueles que integram a política econômica estatal, impedindo que sua proteção se torne engessada e ineficaz.

A norma penal em branco é aquela em que o preceito primário da norma incriminadora se encontra incompleto ou lacunoso, sendo necessária a sua complementação com outra norma que pode ser da mesma fonte legislativa (norma penal em branco homogênea ou impróprias) ou de fontes legislativas diferentes (norma penal em branco heterogênea ou próprias). Luciano Santos Lopes¹¹⁰ afirma:

Norma penal em branco é uma figura típica que requer uma complementação de outro instrumento jurídico, ou mesmo de um ato administrativo, para que o conteúdo típico se complete. Trata-se de técnica de remissão na qual o legislador realiza a cominação legal reenviando parte da compreensão típica a outra estrutura normativa.

Em relação à classificação das normas penais em branco, Nilo Batista, Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar¹¹¹ esclarecem que homogêneas são as normas que precisam de complementação de normas penais para a sua eficácia, ou seja, que se encontram inseridas em um mesmo micro-sistema, enquanto as

¹¹⁰ Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial na Contemporaneidade, II, Organização: Jean Carlos Fernandes; Autores: Jason Soares de Albergaria Neto; Espíndola, Amanda Vilarino; José Barcelos de Souza; Luciano Santos Lopes; Luiz Fernando da Silveira Gomes – Belo Horizonte: RTM, 2012. p. 115.

¹¹¹ BATISTA, Nilo *et al.* **Direito penal brasileiro** – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. V. 1, p. 205-206.

heterogêneas são as normas que buscam sua complementação em normas de micro-sistemas, diplomas diversos.

São exatamente as normas complementares que permitem a dinamicidade ao Direito Penal, tendo em vista que sua alteração dispensa a alteração da norma penal incriminadora (onde se encontra o preceito primário e, por isso, severamente submetida ao princípio da legalidade). Cabe ressaltar que toda norma penal em branco, em obediência ao princípio da reserva legal, deve ter o núcleo de incriminação bem delineado, de modo a indicar o foco da incriminação e norteando a elaboração da norma complementar.

Neste sentido, Nilo Batista¹¹² ressalta que a criação de incriminações vagas e indeterminadas, a ocultação do núcleo do tipo penal, as tipificações abertas e exemplificativas e o emprego de expressões sem precisão semântica no tipo legal de crime são as modalidades mais freqüentes de violação da legalidade.

Por sua vez, os elementos normativos do tipo são aqueles que possuem carga valorativa e reclamam de um juízo de valor para a efetiva apreensão de seu significado. E, assim como nas normas penais em branco, a utilização dos elementos normativos do tipo deve ser norteada pelo núcleo de incriminação da norma penal incriminadora. O caráter valorativo dos elementos normativos do tipo que se coaduna perfeitamente com a maleabilidade, a mobilidade, a flexibilidade e a transdisciplinaridade do Direito Penal Econômico.

Luciano Santos Lopes¹¹³ assevera que a remissão a outros instrumentos legislativos é uma constante em tipos legais do Direito Penal Econômico para tutelarem valores eleitos e alerta:

Contudo, em ambas as situações há denominador comum: o uso dos elementos normativos no tipo legal de crime e, assim, a possível agressão à taxatividade/mandato de certeza. E é exatamente esta forma de agressão ao princípio constitucional da legalidade que se pretende aqui discutir. Seja em tipos abertos, ou nas normas penais em branco (situação mais comum, e aqui enfrentada), verifica-se que o Direito Penal Econômico usa deste expediente legiferante de forma habitual e que, por vezes, desconsidera a legalidade constitucional (com o uso de elementos normativos).

¹¹² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 78.

¹¹³ Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial na Contemporaneidade, II, Organização: Jean Carlos Fernandes; Autores: Jason Soares de Albergaria Neto; Espíndola, Amanda Vilarino; José Barcelos de Souza; Luciano Santos Lopes; Luiz Fernando da Silveira Gomes – Belo Horizonte: RTM, 2012. p. 118.

O uso de elementos normativos nos tipos legais de crimes econômicos é inevitável, ou seja, não há como se abdicar completamente desta técnica legiferante em razão da interdisciplinariedade da tutela punitiva em questão. Entretanto, o legislador não deve realizar uma espécie de fuga em direção ao Direito Penal conforme constata Renato de Mello Jorge Silveira¹¹⁴. Nesse sentido, Luciano Santos Lopes¹¹⁵ ressalta:

Todavia, a utilização exacerbada de normas penais em branco e de elementos normativos revela a existência de um ordenamento jurídico-penal simbólico. A adoção reiterada da técnica de legiferação remissiva às normas extra-penais mostra uma intromissão (por vezes) indesejada do Direito Penal em setores normativos autônomos e com tutelas diferenciadas de valores eleitos. A legislação penal parece não conseguir sistematizar adequadamente o objeto da tutela (bens jurídicos supraindividuais), avançando por espaços nem sempre aptos a receber proteção penal.

O jurista complementa seu raciocínio ao afirmar que a utilização de elementos normativos em normas penais em branco pode ser ainda mais complicada, posto que muitas vezes ocorre o uso de expressões de interpretação imprecisa, de modo a não permitir a certeza típica, restando ofendida, assim, a taxatividade em razão da ausência de precisão semântica. Diante da necessidade de utilização de tais técnicas legiferantes, deve ser buscado um equilíbrio entre a necessidade de utilização de normas penais em branco e o respeito ao princípio da taxatividade.¹¹⁶

A ocorrência destas modalidades dogmáticas do tipo penal encontra abrigo justamente na necessidade de gerenciamento das instâncias sociais difusas, nas quais os indivíduos mantêm relações anônimas e intersubjetivas. O gerenciamento implica na necessidade estatal de estabelecer os padrões mínimos de comportamento e estabelecer como perigosos àqueles que extrapolem o risco permitido.

¹¹⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**; interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

¹¹⁵ Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial na Contemporaneidade, II, Organização: Jean Carlos Fernandes; Autores: Jason Soares de Albergaria Neto; Espíndola, Amanda Vilarino; José Barcelos de Souza; Luciano Santos Lopes; Luiz Fernando da Silveira Gomes – Belo Horizonte: RTM, 2012. p. 120.

¹¹⁶ Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial na Contemporaneidade, II, Organização: Jean Carlos Fernandes; Autores: Jason Soares de Albergaria Neto; Espíndola, Amanda Vilarino; José Barcelos de Souza; Luciano Santos Lopes; Luiz Fernando da Silveira Gomes – Belo Horizonte: RTM, 2012. p. 120.

Percebe-se, assim, que a modificação dos elementos característicos do tipo penal advêm das transformações dos próprios bens jurídicos, que antes eram aparentemente absolutos e a *priori*.

Diante das questões trabalhadas - relacionadas à tipicidade - percebe-se a necessidade da mudança nas categorias do crime e da pena. Neste prisma, Luciano Santos Lopes¹¹⁷ adverte:

O Direito Penal tem elevado custo social, por vezes irreversível para a vítima, para o criminoso e para a sociedade. Uma política de transformação da realidade do sistema penal deve pautar-se em valores garantistas. É preciso aceitar a Constituição como diretora da intervenção penal. Aliás, é necessário investigar em que termos se verifica esta legitimação.

O jurista aponta a necessária mudança para a intervenção punitiva pautada no garantismo penal. Porém, ele mesmo admite ser esta transformação de operacionalização complicada, apesar de importante na elaboração de um novo modelo de atuação do Direito Penal.¹¹⁸

De outro norte, em relação às penas, Luciano Santos Lopes¹¹⁹ assevera:

O caminho proposto deve ser o de substituição, gradual e contínua, da pena privativa de liberdade por outros modelos punitivos com características menos criminógenas. A busca deve ser por formas de punição que atendam aos anseios múltiplos que se criam em torno da questão criminal: do condenado (dignidade); da sociedade (segurança); da vítima (restituição). Deve-se buscar um Direito penal garantista e em conformidade com a Constituição Federal: subsidiário; protetor dos direitos fundamentais, que se limite minimamente às situações especiais de absoluta necessidade; e que seja garantidor das liberdades individuais.

Assim, é necessária a (re) legitimação do sistema penal, na qual deve-se buscar um Direito Penal garantista e em conformidade com a Constituição, tema a ser aprofundado nos capítulos a seguir.

¹¹⁷ LOPES, Luciano Santos. **As tradicionais teorias fundamentadoras da pena e as novas construções legitimadoras da reação criminal**: a formação do conceito de justiça penal. In: FERNANDES, Jean Carlos; NASSIF, Gustavo Costa (Coord.). **Tópicos especiais de direito público e privado**; direito, democracia e cidadania. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 249-280.

¹¹⁸ LOPES, Luciano Santos. **As tradicionais teorias fundamentadoras da pena e as novas construções legitimadoras da reação criminal**: a formação do conceito de justiça penal. In: FERNANDES, Jean Carlos; NASSIF, Gustavo Costa (Coord.). **Tópicos especiais de direito público e privado**; direito, democracia e cidadania. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 249-280.

¹¹⁹ LOPES, Luciano Santos. **As tradicionais teorias fundamentadoras da pena e as novas construções legitimadoras da reação criminal**: a formação do conceito de justiça penal. In: FERNANDES, Jean Carlos; NASSIF, Gustavo Costa (Coord.). **Tópicos especiais de direito público e privado**; direito, democracia e cidadania. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 249-280.

3.4 Como a atividade empresária recebe a expansão e administrativização do DPE?

George Simmel¹²⁰, no final do século XX já indicava o chamado processo de “monetarização da sociedade”, que alterou profundamente o panorama sócioeconômico até então existente. O homem percebeu a capacidade de associação por meio de instituições que somente exigem contribuições financeiras, sendo que tais reuniões, de cunho objetivo e eminentemente técnico e impessoal, tornou-se possível a reunião sem nada de específico e próprio da personalidade. Segundo Simmel, o clímax de tal desenvoltura é verificado na sociedade anônima, cuja atividade se mostra independente de um acionário em particular, pois este somente é parte dela com seu dinheiro, e não mais com sua pessoa, tal como ocorre nos demais tipos societários, sobretudo a tradicional figura da sociedade limitada. A sociedade anônima perde qualquer forma de personificação de seu acionista.

Em verdade, as empresas não mais se confundem com seus proprietários (sócios/acionistas) e, muitas vezes, é propriedade de outros grupos econômicos, de modo a dificultar cada vez mais a identificação da responsabilidade por sua administração.

Nesse prisma, Boaventura de Souza Santos¹²¹ afirma que: “A intensificação de interações que atravessam as fronteiras e as práticas transnacionais corroem a capacidade do Estado-nação para conduzir ou controlar fluxos de pessoas, bens, capital ou idéias, como o fez no passado”.

Trata-se de um movimento em torno do capital, movimento este facilmente demonstrado pelos conglomerados internacionais com grande poder econômico e que, por muitas vezes, se sobrepõem ao papel dos Estados nacionais.

Para exemplificação prática de tal afirmação, Mario Ferreira¹²², elucida com precisão, levantando dados publicados no ano de 1999, por ocasião da Reunião da OMC em Seattle, que, da relação dos sujeitos de direito que perfazem as sessenta maiores economias mundiais, dezoito são sociedades empresárias, e não países.

¹²⁰ SIMMEL, Georg. **O dinheiro na cultura moderna (1896)**. In: SOUZA, Jesse de; OELZE, Berthold (Orgs.). **Simmel e a modernidade**. Brasília: UnB, s/d, p. 23.

¹²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002. p. 36.

¹²² MONTE, Mario Ferreira. **O futuro tem direito penal? Tem futuro o Direito Penal?** In: FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal** – panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. p. 16.

Em seu estudo, o autor aponta a General Motors, conglomerado norte americano, do ramo automobilístico, que ocupa a 23ª colocação no ranking acima, com faturamento de 178,2 bilhões de dólares americanos, encontrando-se em vantagem à Dinamarca (161,1 bilhões de dólares americanos). Também a British Petroleum ocupa a 57ª posição, com faturamento de 71,2 bilhões de dólares americanos, estando a frente da Venezuela, cujo PIB (Produto Interno Bruto) atinge 67,3 bilhões de dólares americanos.

Nesta senda, a atividade empresarial tem um evidente poder, posto que as sociedades empresárias muitas vezes acabam por tomar o lugar do Estado em diversas atribuições. Na realidade, a atividade empresarial se tornou o centro da vida social moderna, sendo responsável pelo emprego de seus trabalhadores e, muitas vezes, pela determinação de questões de educação e saúde. Assim, o Estado busca de várias formas proteger tais estruturas, diante de sua incapacidade de agir frente ao poderio do domínio econômico privado.

Portanto, é essencial guardar, em conformidade com a continuidade do procedimento de despersonalização da atividade empresarial, o fenômeno da globalização econômica e as possibilidades oriundas do desenvolvimento tecnológico, sobretudo a partir da massificação da utilização da rede mundial de computadores, e suas significativas contribuições para a quebra das barreiras geográficas dos conglomerados empresariais. Atualmente, cabe mencionar que as sociedades empresárias encontram-se onde bem entenderem, afastando-se de onde não quiserem estar. A gerência destas sociedades, por sua vez, podem ser tomadas a quilômetros de distância do local onde se encontra a pessoa que irá executá-la.

Ainda nesta linha, cabe mencionar a nítida possibilidade de uma existência tão somente “virtual” de grandes empreendimentos econômicos. É justamente o caso das sociedades empresárias constituídas unicamente no plano virtual, ou seja, na internet, sem nenhuma identificação física de sua existência. A internet, como se sabe, é anônima e geral. Através dela podemos nos conectar com pessoas e lugares de qualquer canto do mundo, e ao mesmo tempo, fomentando a impossibilidade de controle sobre o exercício pleno das atividades empresariais. A noção de limite perde espaço para a rede mundial de computadores.

E este processo atrai, no momento da exploração da atividade empresarial, uma das características primordiais da globalização: a verdadeira redução do poder

regulatório dos Estados, em detrimento de um mercado global¹²³. Enquanto o Poder Público se enfraquece com o avanço da globalização, sobretudo no que diz respeito as suas típicas funções sociais (garantia aos cidadãos dos seus direitos básicos), aumenta consideravelmente a sua falta de gerência no âmbito do Direito Penal, vez que o exercício das atividades empresariais no contexto aqui citado, sob a aplicação do Direito Penal clássico, como visto no ponto anterior deste trabalho, acaba por impedir o exercício das funções coercitivas do Estado.

Como vimos, no Direito Penal tradicional, buscava-se tão somente punir os sujeito por condutas violadoras de bens jurídicos individuais. Não obstante, com a dita globalização, e o seu efeito sobre as relações mantidas pelas sociedades empresárias, de caráter supraindividuais, os dogmas clássicos do Direito Criminal ficaram obsoletos diante do novo quadro da atividade empresária. E neste contexto, considerando-se tudo aquilo que foi ressaltado no ponto anterior deste trabalho, surge a figura do Direito Penal Econômico.

Como se sabe, o Direito Penal, na sua concepção liberal, esteve ligado diretamente, com a dita condição *ultima ratio*, à proteção de valores sociais empregados nas relações individuais, dentro de uma determinada sociedade. Sua finalidade volta-se a assegurar a paz dentro de um convívio social limitado, mediante a interferência do Estado, por meio da coerção a ele permitida.

Mas embora na forma tradicional o sistema penal se voltasse a proteção do indivíduo frente ao Estado coercitivo, tem-se que esta coerção tem a finalidade de impedir comportamento que limitassem a própria atuação do Estado. Ficavam, dessa forma, até mesmo ignorados os princípios limitadores da atuação estatal. Condutas eram simplesmente criminalizadas, sob fracos argumentos, de forma que chegava-se mesmo a obstacularizar a própria promoção do bem estar social.

E, quando o Direito Penal deixa de ser visto como mero instrumento garantidor de bens individuais, seu campo de atuação se amplia, até mesmo para se defender de seus males. Surgem novos tipos penais aptos a buscar a proteção de bens supraindividuais, coletivos.

Justamente o que ocorre quando nos deparamos com a proteção contemporânea da ordem econômica, como de outros aspectos, nos quais pode-se citar, e como já se citou, o meio ambiente, as relações consumeristas, dentre tantas

¹²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 15.

outras. Tais proteções se revelam essenciais na busca do referido bem estar social e da própria figura da justiça. A ameaça de coerção por parte do Estado recai sobre novas atividades, desvinculando-se da proteção única e exclusiva de bens individuais, para atingir também a proteção de bens coletivos e, sem sombra de dúvidas, para acompanhar a evolução da atividade empresarial no contexto da globalização econômica.

Dessa forma, não deve o Direito Penal torna-se em instrumento precursor da vontade do Estado no âmbito das mais variadas relações, como as de Direito Tributário, por exemplo, em detrimento ao próprio princípio constitucional da legalidade, bem como de diversas garantias dos indivíduos, mas antes, deve acompanhar a evolução das relações jurídicas, sobretudo aquelas que têm forte interferência na ordem econômica, para também não permitir que interesses meramente individualistas se sobreponham ao próprio Estado, e os seus cidadãos.

Neste contexto é que a atividade empresarial recebe a expansão e administrativização do Direito Penal Econômico: através dos novos tipos penais, voltados à proteção de bens jurídicos supraindividuais no âmbito das sociedades de risco, que se dão mediante as normas penais em branco e os novos tipos de crimes de perigo, tudo em busca a se evitar condutas que afrontam até mesmo a ordem econômica e seus preceitos básicos, elencados no artigo 170 da Constituição da República.

Como nova forma de minimização dos riscos da sociedade moderna, vem à tona o instituto do *criminal compliance*, relevante ferramenta de controle e prevenção de possíveis práticas criminosas no mundo empresarial, bem como valioso instrumento de transferência de responsabilidade penal nos crimes econômicos e nos meios eletrônicos, de modo a evitar, assim, a responsabilidade penal objetiva e a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com a conseqüente manutenção da ordem jurídica e social. Carla Rahal Benedetti e Claudia Cristina Barrilari¹²⁴ exemplificam:

No Brasil, a Lei 9.613/1998, com a nova redação dada pela Lei 12.683/2012, Lei dos Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores, criou o Coaf — Conselho de Controle de Atividades Financeiras, com a finalidade de identificar, disciplinar e aplicar penas administrativas às atividades ilícitas praticadas, nos termos desta Lei.

¹²⁴ BENEDETTI, Carla Rahal; BARRILARI, Claudia Cristina. Criminal compliance previne responsabilidade penal. **Revista Consultor Jurídico**, 17 de julho de 2013.

Trouxe a lei, como verdadeiros deveres de *compliance*, embora sem se referir especificamente a essa denominação, as obrigações legais que devem ser cumpridas por determinadas pessoas físicas ou jurídicas. Incluiu o legislador, ainda, a previsão da responsabilidade dos administradores das pessoas jurídicas, na hipótese de descumprimento das obrigações legalmente descritas. Com isso, o que se tem é, propriamente, a transferência, ao setor privado, da responsabilidade de prevenir a lavagem de dinheiro, com claro desvirtuamento do papel do setor privado, assumindo uma função que, por decorrência lógica, compete ao setor público.

Assim, para a preservação das corporações empresariais, tendo em vista o expansionismo do Direito Penal, o instituto do *criminal compliance* surge como importante aliado no controle interno e na prevenção da prática de condutas que possam colocar em risco a liberdade de seus dirigentes ou da própria sociedade empresarial, de modo a evitar a prática de delitos internos, bem como a eventual responsabilidade penal.

3.5 A constitucionalização do DPE

3.5.1 A relação entre DP e a Constituição: valoração dos bens jurídicos

Importante a análise da influência de uma Constituição de um Estado Democrático de Direito, que elege a dignidade da pessoa humana como categoria fundamental e fornece os contornos do Direito Penal moderno.

A premissa norteadora da análise em questão é a de que a criminalização de condutas deve ser uma exceção em razão da imposição constitucional, reflexo da escolha política que funda a sociedade e o Estado. O Direito Penal seria, como já se viu, a *ultima ratio* do controle social, isto porque o gravoso poder punitivo do Estado é, antes de tudo, limitado pelo diploma das liberdades públicas.

O estudo do sistema penal decorrente do texto constitucional perpassa pela sua mínima intervenção, suposta necessidade de criminalização de determinadas condutas, proteção de bens indicados pelo constituinte, modificação dos contornos da intervenção penal – como, por exemplo, a controvertida responsabilidade penal da pessoa jurídica – e com a questionável flexibilização de garantias individuais em nome de alguns bens jurídicos, sobretudo coletivos.

Com efeito, a atuação do constituinte de 1988 fez-se por meio da imposição de limites para a atuação do Direito Penal, de modo a regular algumas condutas por diversos meios de controles sociais. Aquilo que encontra um controle eficaz em outros âmbitos de proteção não deve constituir fundamento para uma reação penal. Ademais, pode ser que determinada conduta produza uma lesão irrelevante nos termos jurídico criminais, ficando a sanção administrativa como suficiente para coibi-la.

Em verdade, faz-se um juízo de valor de controle negativo para que seja estabelecida a irrelevância jurídico-penal. Enquanto, por outro lado, a noção de bem jurídico importa um juízo positivo, conforme Luiz Régis Prado¹²⁵, que afirma: “A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”.

A ordem constitucional foi formulada para que o legislador penal se atenha a determinados padrões de atuação, padrões esses que perpassam pela proteção de específicos interesses jurídicos.

Contudo, não incumbe à Constituição de um Estado Democrático de Direito o enrijecimento de tais valores, não devendo o constituinte estabelecer positivamente todos esses valores, de forma a não impedir o avanço social e a dinâmica constante das necessidades do corpo social. Como se sabe, as relações avançam de forma mais célere que o Direito, razão pela qual o seu enjessamento não é de forma nenhuma benéfica para uma sociedade.

A configuração de um Direito Penal mínimo é o reconhecimento de que apenas condutas atentatórias aos bens jurídicos mais relevantes devem ser criminalizadas.

Dessa forma, o constituinte de 1988 indicou os bens jurídicos dignos de proteção penal, baseado nos valores dos detentores do poder constituinte: o povo. Todavia, tal atitude não tolhe o legislador ordinário da tarefa de detectar valores sociais e eleger novos bens jurídicos e, conseqüentemente, novas condutas lesivas.

Embora tenha o legislador ordinário tal liberdade, isto não pode representar uma falta de controle do sistema, posto que ele não pode criminalizar condutas que encontrem eficazes mecanismos de controle em outros ramos jurídicos ou dotar de

¹²⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 63.

proteção bens que não se configurem com as reais características de um bem jurídico. Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo¹²⁶ afirmar que: “Valores éticos 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 lesões efetivas”.

Em verdade, a busca pelo bem jurídico com função crítica do Direito Penal, bem como orientador do legislador em sua função criminalizadora, é acompanhada pela procura de um instrumento legítimo e vinculante capaz de colocar em prática tal conceito. Este instrumento foi encontrado na Constituição de cada Estado.

A Constituição contém as valorações mais importantes para uma ordem jurídica, contendo as opções valorativas mais fundamentais e consensuais, de modo a refletir o ambiente social-valorativo de dada sociedade e ser imposta a toda a ordem jurídica.

Assim, a Constituição deverá ser imposta também ao Direito Penal, sendo que entre esses dois planos jurídicos incide uma estreita relação em razão do próprio Direito Penal tratar dos valores mais essenciais ao homem em comunidade, no qual se inclui sua própria liberdade, ou ausência dela. E é exatamente em virtude dessa contenda com os valores mais importantes que surge a particular dependência do Direito Penal face à Constituição.

Nesta senda, a Constituição tem influência no Direito Penal e, para melhor compreensão da forma desta incidência, interessante explanação de Pallazzo¹²⁷ e Nuvolone¹²⁸ sobre princípios de Direito Penal constitucional, princípios constitucionais influentes em matéria penal e normas constitucionais com reflexos penais.

Os princípios de Direito Penal constitucional incidem diretamente no sistema penal, traçando os limites ao poder punitivo e delineando os termos em que o legislador penal pode intervir, mas sem dizer diretamente sobre o conteúdo da criminalização. Tais princípios impõem ao Direito Penal, sendo sua parte integrante, e tem por objetivo proteger o indivíduo do arbítrio estatal. Vinculam os termos

¹²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 16.

¹²⁷ PALAZZO, C Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1989. p. 22.

¹²⁸ NUVOLONE, Pietro. **Norme penali e principi costituzionali**. Imprenta: Milano, A. Giuffrè, 1957. p. 05.

essenciais da relação indivíduo-Estado no melindroso setor do Direito Penal. Nesse sentido, Maria da Conceição Ferreira da Cunha¹²⁹:

De acordo com este pensamento, os direitos fundamentais são vistos como direitos de defesa face ao Estado – quando se proclama o direito à vida e à integridade física, está-se a pensar na sua inviolabilidade por parte do Estado e, proscreeve-se, assim, a pena de morte e as penas cruéis; quando se proclama o princípio da legalidade dos crimes e das penas e o máximo espaço possível ao direito de liberdade, garante-se aos cidadãos que a sua liberdade só será restringida nos casos expressamente previstos na lei, assegurando-se, deste modo, a certeza jurídica dos indivíduos, como reação à insegurança reinante no período de absolutismo monárquico.

Todavia, somente tais princípios não bastam para legitimar e limitar o poder penal estatal, pois não limitam a decisão a respeito de quais os fatos devem ser criminalizados. Atualmente deve-se procurar na Constituição – como instrumento fundamental de uma ordem jurídica – princípios capazes de exercer a função legitimadora limitadora do âmbito de uma eventual criminalização, quais sejam, os denominados princípios constitucionais influentes em matéria penal.

A referida perspectiva completa o sentido garantidor da Constituição, conferindo-lhe verdadeira eficácia material, de modo a assegurar a unidade de toda a ordem jurídica e a harmonia dos valores penais e constitucionais.

Os princípios incidentes sobre o conteúdo penal, segundo os dizeres de Palazzo¹³⁰ são valores que condicionam, primordialmente, o conteúdo, a matéria penalmente disciplinada, e não a forma penal de tutela, o modo de disciplina penalística.

Em relação às normas constitucionais com reflexos penais, segundo Maria da Conceição da Cunha¹³¹, cabe dizer que, superado o Estado Liberal, os direitos fundamentais passaram a ser vistos também como princípios objetivos e direitos de defesa face a ataques de particulares, posto que os valores essenciais protegidos pela Constituição não são válidos apenas para o Estado, mas também para os próprios cidadãos. Então, o Estado está munido de autorização para agir num sentido de proteger esses direitos, proteção esta através de uma intervenção penal e de uma delimitação da área de tutela penal.

¹²⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime** – uma perspectiva da criminalização e descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 120.

¹³⁰ PALAZZO, C Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1989. p. 26.

¹³¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime** – uma perspectiva da criminalização e descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 125.

A jurista assevera que, contendo o Direito Penal as sanções mais gravosas da ordem jurídica, ele só estará legitimado a intervir para proteger os valores mais fundamentais de uma comunidade e no momento em que os meios penais forem adequados para tal proteção, sendo que nenhuma outra forma é suficientemente eficaz.

Nessa esteira, tem-se na Constituição uma referência para a legitimidade da intervenção penal, tendo em vista que os direitos fundamentais teriam uma influência legitimadora e limitadora da intervenção penal. Sendo, assim, os princípios constitucionais com reflexos penais são expressão de um sentido constitucional garantidor do indivíduo face à intervenção penal.

De acordo com Maria da Conceição da Cunha¹³², faz sentido buscar na Constituição direitos e valores que compõem a legitimação e limitação do poder criminalizador, sendo que o grau de subordinação do legislador penal às opções constitucionais pode variar de Constituição para Constituição, ou seja, de Estado para Estado, ou, dentro de um mesmo Estado, de tempo em tempos, não tendo unicidade nem no âmbito da mesma ordem jurídica.

Vale dizer que há dois posicionamentos em relação ao parâmetro de legitimidade da intervenção penal pela Constituição: o primeiro vê na Constituição um quadro de referência a partir de princípios gerais, enquanto que o segundo concretiza as potencialidades limitadoras da Constituição, exigindo uma harmonização entre valores penais e valores constitucionais.

Percebe-se, então, que minimalista é o Direito Penal a partir da leitura da Constituição e não a Constituição em si, posto que a Carta Magna deve trabalhar a pluralidade de interesses existentes. Dessa forma, o limite do Direito Penal seria a hermenêutica constitucional e não a Constituição vista unicamente em si mesma.

3.5.2 Mandados constitucionais

As soluções penais são necessariamente condicionadas pelo tipo de Estado, que ditará os valores protegíveis pelo Direito Penal no campo econômico, social e cultural.

¹³² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime** – uma perspectiva da criminalização e descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 128.

Em verdade, deriva-se a função do Direito Penal dos fins estatais – dependentes da concepção de Estado constitucionalmente consagrada – com o objetivo de fundamentar e limitar o poder punitivo estatal, acentuando-se, assim, a íntima relação entre alteração constitucional e reforma penal. Desse modo, uma mudança constitucional profunda não pode deixar de repercutir no Direito Penal.

No Estado Democrático de Direito, pode-se dizer que do princípio da liberdade e tolerância decorre a exclusão da legitimidade do Direito Penal para tutelar valores meramente morais, religiosos ou ideológicos, de forma a consagrar a legitimidade criminalizadora limitada à tutela de condições básicas para a vida em comum, sem qualquer identificação com valores puramente morais.

Um bem jurídico penal constitucional não defende a punição de meras intenções, pois não compete ao Estado o papel de tutor moral dos cidadãos, mas somente a função de preservação dos bens essenciais para a vida em comunidade. De acordo com Zipf¹³³ o mandado de tolerância representa o princípio fundamental da sociedade pluralista.

Em consonância do Maria da Conceição da Cunha¹³⁴, numa concepção restrita dos valores constitucionais em relação ao poder criminalizador, delimita-se concretamente este, sendo certo que o legislador penal não só não pode contrariar a Constituição como um todo, incluindo seus princípios e valores, como também somente está autorizado a criminalizar a violação de bens com reflexo em valores constitucionais. Estamos diante do princípio constitucional da legalidade. Dessa maneira, garante-se que somente os bens de fundamental relevo para a comunidade sejam penalmente tutelados.

Trata-se da garantia de que só serão restringidos valores fundamentais do agressor em face de uma ofensa de valores também muito importantes para a vida em comum. Afinal, como a pena consiste numa restrição a valores constitucionais, como a liberdade, ela só deverá ser aplicada a condutas que ponham em voga valores também constitucionais.

Nesse contexto, diversos dispositivos na Constituição Federal prevêm certo grau de proteção aos direitos supraindividuais, como os artigos 225, 3º, art. 170 e

¹³³ ZIPF, Heinz. **Introducción a la política criminal**. Madri: Edersa, 1979. p. 94.

¹³⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime** – uma perspectiva da criminalização e descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 115-138.

art. 5º, XXXII¹³⁵. Todavia, há de se questionar a vinculação do legislador ordinário a essas colocações constitucionais: estariam todas as condutas discriminatórias a direitos e liberdades fundamentais ou lesivas ao meio ambiente obrigadas a serem penalmente reprovadas?

Por outro lado, não se pode concluir pela capacidade e legitimidade impositiva pelo fato de a Constituição ter legitimidade e capacidade fundamentadora e limitadora da criminalização. A capacidade limitadora reside no fato de o Direito Penal ser um forte instrumento nas mãos do Estado, enquanto a necessidade impositiva resulta da violação a valores constitucionais.

O problema penal situa-se num conflito de direitos a serem ponderados. De um lado, tem-se os direitos dos agressores que são limitados através da pena e, do outro, tem-se os direitos das vítimas e da sociedade.

A verdade é que a Constituição apresenta dupla faceta, uma vez que contém os princípios fundamentais de defesa do indivíduo perante o poder estatal e também, em relação a ataques de terceiros, pressupõe uma atuação estatal para proteção dos valores fundamentais. O Estado passa a ser encarado não como inimigo, mas como auxiliar do desenvolvimento dos direitos fundamentais, deixando

¹³⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

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;

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.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

de lado a velha perspectiva de *direitos contra o Estado para direitos através do Estado*.

Por meio da nova dimensão da Constituição, retira-se deveres de proteção estatal, pressuposto necessário para as imposições de criminalização. A existência de obrigações constitucionais de criminalização só pode ser questionada perante a existência de deveres de proteção estatal de valores constitucionais.

Luciano Feldens¹³⁶ adota o critério dos direitos fundamentais para determinar os mandados de criminalização e assevera:

Passamos a perceber, pois, uma situação de *intrínseca conexão* entre o *dever de prestação normativa em matéria penal* e o tema da prospecção objetiva dos *direitos fundamentais*, haja vista a exigência que se impõe ao Estado de protegê-los (o que eventualmente apenas poderá vir a ocorrer de forma satisfatória quando aludida proteção normativa se verifique por meio de leis penais)

Com o advento do Estado Democrático de Direito, a liberdade já não é vista como uma liberdade formal a ser garantida pela simples omissão estatal, pelo contrário, para sua real existência é necessária determinadas condições concretas.

Nesta senda, a Constituição, além de direitos subjetivos, contém direitos a atuações estatais, resultantes de direitos econômicos, sociais, culturais e de uma série de princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da cidadania. Afinal, já não é só o Estado o destinatário, mas também as entidades privadas e os particulares.

Assim, a favor da força Constitucional impositiva de criminalização provém o fato da Constituição impor ao Estado a proteção dos bens e valores constitucionais, mas não apenas com a mera atitude passiva, mas também com uma atitude ativa para que se torne eficaz seus valores. Este dever de atuação implica a proteção dos bens e valores constitucionais em relação a ataques de entidades privadas e particulares, sendo certo que o sistema penal é o sistema preventivo mais forte de que o Estado dispõe.

¹³⁶ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Norma Penais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 80.

4 A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO CONSEQUÊNCIA DAS NECESSIDADES PUNITIVAS ATUAIS

4.1 O que se entende por administrativização do Direito Penal?

O conjunto de fenômenos sociais, políticos e jurídicos da nova sociedade de riscos têm causado no Direito Penal diversos efeitos, como o da “expansão” de sua aplicabilidade.

A primeira expressão de tais mudanças, sem dúvida, é a alteração da própria estrutura e do conteúdo dos tipos penais. A constante introdução de novos objetos de proteção, juntamente com a antecipação de tutela penal, propicia a transição do modelo de delito de lesão de bens individuais para o modelo de delito de perigo de bens supraindividuais.

Todavia, é temerário inserir o Direito Penal na porta da frente dos interesses difusos. O que é protegido é apenas o contexto em que se encontra a tendência de provocar a intervenção do Direito Penal, tão logo seja afetado algum interesse supraindividual, sendo estabelecido uma espécie de *standard* administrativo.

Dessa forma, ocorre que o Direito Penal, que antes reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado, se transforma em um direito de gestão punitiva de riscos gerais, tornando-se efetivamente “administrativizado”, ou seja, tem-se a mudança do enfoque dos bens jurídicos para as funções, conforme anunciou Juarez Tavares¹³⁷ ao afirmar que:

É preciso, de uma vez por todas, desmitificar a ideia de que o direito penal tem como tarefa a proteção de bens jurídicos. Isto, como já indicou Zaffaroni, é uma grande falácia. Em primeiro lugar, é empiricamente indemonstrável que o direito penal proteja, de fato, bens jurídicos. Se, assim, ocorresse, bastava cominar penas rigorosas e tudo estaria resolvido, simplesmente não haveria mais delito. A realidade, porém, é outra. Em segundo lugar, não se pode vincular a interpretação da norma penal a um fundamento teleológico, que é puramente simbólico e não real.

E Sánchez¹³⁸ esclarece a origem da expressão “administrativização”:

¹³⁷ TAVARES, Juarez. **O futuro do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 145.

¹³⁸ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115.

Como é sabido, as teses eclesiásticas (ou do *aliud*) distinguiam 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.

Pode-se, ainda, citar Welzel¹³⁹, para complementar tal entendimento da seguinte forma:

A partir do âmbito nuclear do criminal defluiu uma linha contínua de injusto material que certamente vai diminuindo, mas que nunca chega a desaparecer por completo, e que alcança até os mais distantes ilícitos de bagatela, e inclusive as infrações administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*).

Em verdade, ilícito é ilícito em todo o Direito. Nesse sentido, Luciano Santos Lopes¹⁴⁰:

Pode-se, então, afirmar que a ilicitude é geral a todo o ordenamento jurídico, sendo específico do Direito Penal o injusto penal (ou seja, a ilicitude tipificada). São conceitos distintos (ilicitude e injusto), em que pese parte da doutrina alemã assim não considerar.

O injusto, como sendo a junção do tipo penal e da ilicitude, é que pode ser variável em razão da diferença de sanções, mas o ilícito jamais. Assim, não se pode diferenciar o âmbito penal do administrativo somente com base no injusto, mas sim por meio dos critérios de imputação e das garantias formais e materiais que culminam na imposição de sanções ao injusto.

O principal critério determinante da diferenciação do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador é a finalidade que perseguem. Ana Elisa Bechara¹⁴¹ esclarece que a forma de diferenciação é mesmo um critério político-criminal:

Assim, enquanto o Direito penal busca a proteção de bens determinados em casos concretos e segue, para tanto, os critérios de ofensividade e de culpabilidade, o Direito Administrativo visa a ordenar, de modo geral, determinados setores de atividade, reforçando, por meio de sanções regidas pelo critério de oportunidade, determinado modelo de gestão. Por isso, o Direito Administrativo não necessita atingir condutas específicas que impliquem ofensa a bens jurídicos, bastando que o gênero de condutas

¹³⁹ WELZEL, Der **Verbolsirrtum im Nebenstrafrech**i. JZ, 1956. p. 240.

¹⁴⁰ LOPES, Luciano Santos. **Injusto penal**: a relação entre o tipo e a ilicitude. Belo Horizonte; Arraes, 2012. p. 26.

¹⁴¹ BECHARA, Ana Elisa. **Direito penal econômico**: questões atuais. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 62-63.

represente, estatisticamente, um perigo, ainda que futuro, para a ordenação de um determinado setor de atividade.

O Direito Penal visa a proteção de bens concretos, em casos concretos e segundo critérios de lesividade concreta e de imputação individual de um injusto próprio, enquanto o Direito Administrativo sancionador busca a ordenação de setores da atividade, ou seja, a gestão através de sanções, como sendo um reforço da comum gestão da administração.

O interesse do Direito Administrativo sancionador, portanto, está na integridade do modelo de gestão, de modo que apenas tipifica infrações e sanciona em termos gerais. Não se trata do risco concreto e imputável pessoalmente a um sujeito determinado, mas sim da visão macroeconômica.

Dessa forma, não é necessário que a conduta específica seja relevantemente perturbadora de um bem jurídico, ou que haja análise da lesividade para que se proceda à sanção, eis que o Direito Administrativo sancionador se orienta eminentemente por critérios de oportunidade. Nesse sentido, discorre Sánchez¹⁴²:

Nessa medida, o Direito Administrativo sancionador é essencialmente o Direito do dano cumulativo ou, também, do dano derivado da repetição, que dispensa uma valoração do fato específico, requerendo somente uma valoração acerca de qual seria a transcendência global de um determinado gênero de condutas que viesse a ser considerado lícito. Em outras palavras, a pergunta-chave é o que aconteceria se todos os intervenientes neste setor de atividade realizassem a conduta X – quando existe, ademais, uma séria probabilidade de que muitos deles o façam –, caso fosse considerada lícita?

Tal questionamento é perfeitamente admissível na gestão de determinado setor, contudo completamente descabido como critério de imputação penal, posto que para este são necessários elementos de lesividade concreta e não perigo presumido, estatístico ou global.

Ora, as necessidades administrativas não podem ser um mero espelho no Direito Penal. A tipificação de infrações administrativas muitas vezes só adquirem tom material se verificadas em conjunto, eis que, se isoladamente analisadas, certamente não seriam nem de perigo abstrato, mas tão somente de mero perigo global ou presumido. Em outras palavras, o critério utilizado no campo administrativo por si só não é operativo no âmbito jurídico penal, pois neste não interessa o

¹⁴² SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 117.

aspecto estatístico, mas, sim, se a pessoa cuja conduta está sob exame realmente pôs em perigo bens jurídicos ou não.

Neste sentido, Juarez Tavares¹⁴³ salienta a mudança de enfoque no Direito Penal de bens jurídicos para funções:

A ela cabe enfrentar, primeiramente, a diferenciação entre bem jurídico e função, como condição a impedir que o legislador possa criar, arbitrariamente, objetos de incriminação e desenhar, como queira, os contornos de sua atuação repressiva. Ao bem jurídico não se podem equiparar, por exemplo, as funções simplesmente controladoras do Estado, como as do controle do tráfego de veículos, do controle de arrecadação, do controle da saída e entrada de bens, do controle do uso de combustíveis, do controle dos atos de gestão, etc., como não se pode equiparar ao bem jurídico o prestígio da ordem jurídica ou o exercício do próprio poder. O exercício do poder é mera função e não poderá ser tido como bem jurídico.

No paradigma da administrativização do Direito Penal, lida-se com a possibilidade de sanção penal de uma conduta individual que por si mesma não seja lesiva ao bem jurídico, mas que, se realizada por diversos sujeitos, certamente será apta a lesionar o respectivo bem. Estes seriam os chamados delitos de acumulação. Nesse prisma, Sanchez¹⁴⁴ afirma que:

São estes os chamados “delitos cumulativos (ou acumulativos)” (*Kumulationsdelikte, accumulative harms*), cuja relevância penal se pretende assentar na adoção de uma perspectiva aparentemente alheia ao modo de pensar do penalista: *What if everybody did it?* O que ocorreria se todos fizessem o mesmo? Pois se trata de casos em que a conduta individualmente considerada não provoca um risco relevante (ou seja, *harmless*), enquanto, por outro lado, se admite que “*general performance would be harmful*” e que sua prática por uma pluralidade de pessoas não constitui simplesmente uma hipótese, senão uma realidade atual ou iminente.

O mentor desta concepção é o doutrinador Lothar Kuhlen¹⁴⁵ que, ao estudar o tipo penal no Direito Alemão, vai além e analisa pequenos atos concretos que, verificados por si mesmos, não põem em perigo o bem jurídico protegido. Todavia, conclui que a acumulação de tais condutas pode produzir consequências lesivas, de

¹⁴³ TAVARES, Juarez. **O futuro do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 138-153.

¹⁴⁴ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 121.

¹⁴⁵ KUHLEN, Lothar. **Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik**. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1993. p. 697, apud SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 121.

modo que seriam aptos a sustentar a tipicidade não apenas formal, mas como também a material.

De acordo com Sánchez¹⁴⁶, trata-se da adoção da forma de racionalizar o controle de condutas com base na lesividade global derivada de acumulações ou repetições, antes somente próprias do Direito Administrativo. O Direito Penal das sociedades pós-industriais assume o modo de racionalizar do Direito Administrativo sancionador, e se converte em um direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais.

Reconhecida a grandeza da referida análise, críticas não faltam. Sanchez¹⁴⁷ ressalta que a violação do princípio da culpabilidade é clara ao se admitir a sanção *a priori*, bem como a violação ao princípio da proporcionalidade ao sancionar uma conduta sem lesão ou perigo ao bem jurídico atribuível pessoalmente ao sujeito.

Outra crítica feita por Alice Quintela Lopes Oliveira¹⁴⁸ diz respeito ao problema do novo Direito Penal não atender às garantias do Estado Liberal de Direito, visto que a proliferação de normas voltadas à repressão de condutas não demonstra a funcionalidade desejada. Contudo, diante da necessidade do Estado enfrentar os novos tipos de lesão ao direito coletivo, não se encontrou outra saída, senão a continuação do processo de expansão.

É natural que nas sociedades modernas se racionalize por meio da lesividade global resultante de acumulações ou repetições, características próprias do âmbito administrativo. Entretanto, o Direito Penal não deveria absorver tal raciocínio, de forma a assumir o modo de racionalizar do Direito Administrativo sancionador e, a partir daí, converter-se em um Direito de gestão ordinária de problemas sociais.

A administrativização do Direito Penal consiste na punição *prima ratio*, função que seria do Direito Administrativo. É a punição do supraindividual para não ter que cuidar do bem individual. Passa a proteger o meio ambiente, por exemplo, pela necessidade administrativa e não pelo bem jurídico. O Direito Penal torna-se, assim, o “zelador” do Direito Administrativo quando, na realidade, deveria ter um filtro para questões meramente administrativas.

¹⁴⁶ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 155-156.

¹⁴⁷ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 122.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. A expansão penal e o direito de intervenção. **Artigo publicado nos anais do conpedi**, ano 8, n.16, 1º semestre de 2006, p. 5039-5057.

Portanto, o Direito Penal transforma-se, no âmbito das sociedades de massa, em mais um elemento de gestão, sendo que o fator decisivo passa a ser a cifra monetária e não mais a dimensão da lesividade do comportamento individual.

Nesta esteira, surge o centro de interesse da denominada *Escola de Frankfurt* (defendida por Winfried Hassemer, Pritwitz, Herzog, Naucke, Muñoz Cond, dentre outros) que, por sua vez, tem o objetivo de denunciar a funcionalização social do direito penal. Segundo este movimento político-criminal, a sociedade moderna, por ser de risco, tem provocado a *desnaturalização* do Direito Penal para adaptá-lo às necessidades do novo modelo de sociedade, de modo que junto ao Direito Penal existiria um novo Direito que pretende resolver alguns problemas estruturais da nova realidade. A sociedade de risco é definida pela existência de riscos difusos e coletivos advindos do homem, riscos estes que não podem ser imputados pessoalmente, de forma a obrigar a modificação dos critérios de causalidade e responsabilidade. A partir daí, segundo esta corrente, nasce o novo Direito Penal.

O instituto de Frankfurt não pretende qualificar todo o Direito Penal como sendo de risco, mas apenas descreve a tendência de algumas facetas do mesmo, nas quais se encontram a proteção de bens jurídicos coletivos e a tipificação de delitos de perigo abstrato apartadas ao Direito Penal clássico.

Em verdade, a escola canaliza suas críticas ao Direito Penal moderno por sua situação insustentável e suas tendências intervencionistas e expansionistas, pregando a volta do Direito garantista, protetor de bens pessoais e patrimoniais.

Alice Quintela Lopes Oliveira¹⁴⁹ esclarece que a escola de Frankfurt é contrária à extensão da tutela penal aos bens jurídicos supraindividuais e aos novos perigos da sociedade de risco, para os quais, de acordo com Hassemer¹⁵⁰, deveriam incidir o direito de intervenção (a ser trabalhado no capítulo a seguir).

4.2 Quais as características da administrativização?

A administrativização do Direito Penal, como visto, trata-se de um Direito Penal expansivo e, conforme defende a escola de Frankfurt, em consonância com

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. A expansão penal e o direito de intervenção. **Artigo publicado nos anais do conpedi**, ano 8, n.16, 1º semestre de 2006, p. 5039-5057.

¹⁵⁰ HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma política criminal**. Três temas de direito penal. Porto Alegre; FESMP, 1993.

Alice Quintela Lopes Oliveira¹⁵¹, Direito Penal caracteriza-se pela criação de novos bens jurídicos de perfis vagos, pela antecipação da proteção dos bens jurídicos clássicos e o alastramento de delitos de perigo abstrato.

Os comportamentos são criminalizados não por serem socialmente inadequados, mas para que passem a sê-lo, ou seja, em vez de resposta e retribuição, tem-se verdadeira prevenção. O Direito Penal é utilizado, dessa forma, como meio de transformação social com a criação de novos bens jurídicos que, de acordo com o instituto de Frankfurt, culminam no surgimento de um novo Direito Penal relacionado com a condução de grandes processos sociais.

Com efeito, a mentalidade “administrativizada” manifesta-se por meio do “Estado da prevenção”, tendo em vista que, apesar de ter sua presença direta reduzida nos campos econômicos, o Estado tem aderido à idéia de “polícia”, seguindo o denominado *regulatory state*. Neste modelo, a prevenção comunicativa – cominação com sanções para quem cria o risco – não seria suficiente sem a suplementação de algum reforço cognitivo, ou seja, de alguma via de controle administrativo preventivo como os procedimentos de autorização ou licença. Nesse prisma, Sánchez¹⁵² se posiciona da seguinte forma: “A “sociedade do risco” ou “da insegurança” conduz, pois, inexoravelmente, ao “Estado vigilante” ou “Estado da prevenção”. E os processos de privatização e de liberalização da economia, em que nos encontramos imersos, acentuam essa tendência”.

A administrativização do Direito Penal torna este ramo especialmente preventivo e orientado à redução de riscos, de modo a proporcionar uma hipotética segurança. Objetiva-se inserir confiança na coletividade e então transita-se da repressão para a prevenção nas situações problemáticas, norteando-se, de acordo com Sánchez¹⁵³, por um critério “gerencial” em relação aos riscos (*risikomanagement*).

Entretanto, este procedimento de inspeção cria uma distância entre o utilizado critério de gestão de riscos e os bens jurídicos realmente merecedores de proteção.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. A expansão penal e o direito de intervenção. **Artigo publicado nos anais do conpedi**, ano 8, n.16, 1º semestre de 2006, p. 5039-5057.

¹⁵² SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 127.

¹⁵³ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 127.

O afastamento pode ser delineado por quatro fases, segundo aponta Sánchez¹⁵⁴. São elas (i) a pretensão de evitar a lesão a interesses concretos ou abstratamente perigosos (causador da progressiva expansão do Direito Penal); (ii) a descrição típica genérica de condutas perigosas, especialmente atinente a bens coletivos, tanto no âmbito administrativo, como no criminal; (iii) o estabelecimento de indícios através dos quais seria possível a previsão da ocorrência de condutas de riscos e, conseqüentemente, do início de um procedimento sancionador; e, por fim, (iv) o procedimento administrativo de inspeção.

Ocorre que, conforme já dito, nos casos de perigo abstrato para um bem jurídico-penal coletivo, somente resultaria da acumulação – reiteração e generalização de condutas – de modo que cada perturbação isolada da ação inspetora consistiria somente num ilícito de desobediência que, por sua vez, não deveria ser sancionada com penas privativas de liberdade. Vê-se, assim, que o moderno Direito Penal restringe as garantias político-criminais clássicas e corrói as garantias processuais.

O Direito Penal acaba tendo por objetivo prevenir e controlar para que os riscos permaneçam dentro de seus limites, deixando o Direito de ser instrumento de reação a graves lesões, para tornar-se um instrumento de política de segurança pública. Em verdade, passam a ser confundidas as funções do Direito Penal e as do Direito Administrativo, especialmente através dos delitos de perigo abstrato.

De outro norte, outra característica da administrativização do Direito Penal consiste no chamado redescobrimto da neutralização. De acordo com Sanchez¹⁵⁵, a teoria da neutralização seletiva prega que é possível a identificação de um número consideravelmente pequeno de delinquentes (*high risk offenders*), para os quais se pode determinar a responsabilidade por maior parte dos delitos e de que são criminosos contumazes. Assim, a incapacitação de tais meliantes consistiria em sua retenção na prisão pelo maior tempo possível, reduzindo, conseqüentemente, o número de delitos. Percebe-se a manifestação da referida teoria por meio, por exemplo, da aplicação das medidas de segurança para o condenado ou da aplicação de medidas cautelares, prévias a condenação.

¹⁵⁴ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 127.

¹⁵⁵ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 131.

Complicada a adoção da teoria da neutralização, visto que, mais uma vez, ocorre a aplicação do critério de gestão de riscos. Ora, os métodos de previsão da análise psicológica individual de periculosidade foram substituídos por outros, de forma que o delito passa a ser abordado puramente com técnicas probabilísticas e quantitativas, utilizadas para questões meramente administrativas.

Os problemas sociais existentes permanecem sem solução e o Direito Penal do Estado Liberal continua se transformando em um modelo de estado de segurança. Trata-se de penalizações meramente formais, que não são efetivas e apenas operam o controle social de maneira simbólica, de modo a afetar sua própria eficácia em longo prazo. Torna-se num instrumento facilitador do emprego de políticas públicas, sem se preocupar com o verdadeiro papel do Direito Penal.

Verifica-se, então, que a funcionalização do Direito Penal, mediante a criação de novos bens jurídicos sem a referência individual e a crescente proliferação de tipos de perigo abstrato consiste num Direito Penal simbólico, não cumpre seus legítimos fins constitucionais, consoante apontado no capítulo anterior.

4.3 Quais as consequências da administrativização do Direito Penal?

Com advento da expansão do Direito Penal em áreas de tutela antes adstritas ao direito administrativo, fiscal e financeiro, os poderes legislativos passaram a produzir indiscriminadamente normas incriminadoras, ocasionando uma inflação de normas penais que criminalizam grande parte de ações mercantis e empresariais. Trata-se do fenômeno da administrativização da esfera criminal.

A administrativização do Direito Penal, seguindo-se a linha adotada até aqui, gera uma série de notáveis consequências na seara político-criminal, responsável pela criação de novos tipos penais, bem como pela alteração da finalidade da pena.

Ratifica-se que as normas se beneficiam de tipos de perigo, principalmente o abstrato, o que acaba por gerar a inversão do ônus da prova, de forma que a prova da causalidade do delito se torna delimitada, resultando em denúncias genéricas sem a garantia da ampla defesa, com culpabilidade presumida e afrontamento direto de direitos e garantias constitucionais.

Nesta linha, cabe mencionar que a criação de novos tipos penais acaba por reduzir a clássica linha divisória entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Os

delitos de lesão tradicional passam ao objeto do Direito Penal, que se transforma em uma ferramenta de proteção das funções do Estado, sobretudo quando lidamos acerca da questão dos delitos de perigo abstrato.

Sánchez¹⁵⁶ discorre a respeito de dois efeitos básicos da administrativização sobre a delinquência:

(i) condutas tradicionalmente tidas como delitivas deixam de ser puníveis, pois do contrário se converteriam em um obstáculo as próprias finalidades perseguidas pela integração supranacional (medidas como barreiras alfandegárias e controles estatais à livre circulação deixam de ser puníveis ou sancionadas pelo Estado); (ii) este novo modelo mundial dá formação a novas modalidades de delitos clássicos, bem como a aparição de novas formas de delinquências.

Verifica-se um considerável aumento das leis penais em branco, bem como o avanço do Direito Penal nos campos da economia, mercado financeiro e saúde pública, o que repercute nas delimitações do princípio da legalidade penal. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes¹⁵⁷ critica:

Embora a jurisprudência comparada venha aceitando que as leis penais em branco são congruentes com a legalidade, na prática constituem um problema particular quando se analisam questões vinculadas ao dolo, à aplicação da lei penal mais benigna, ao erro de direito ou de proibição assim como aos componentes da culpabilidade.

Diante das novas técnicas legiferantes, o princípio da taxatividade se relativiza, de forma que a progressiva utilização de elementos normativos e valorativos deixa nas mãos do Juiz a completude do tipo.

Por outro lado, a nova lei penal também busca uma reafirmação social de valores, ou seja, não é apenas pela ameaça de sanção que atua o moderno Direito Penal, mas também se dirigindo aos cidadãos para assegurar-lhes que as normas existem e estão em vigor, mesmo que os delitos ainda ocorram.

O instituto da pena, por sua vez, sofre profundas modificações em suas finalidades para se transformar em um meio de gestão de políticas públicas e sociais. Assim é que na contemporaneidade, as medidas de segurança contra

¹⁵⁶ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 69.

¹⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guilherme Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. Tradução da 2. parte Lauren Paoletti Stefanini; revisão da tradução Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 43.

condutas ilícitas, sejam elas contra bens individuais ou supraindividuais, ganham forte relevância no debate acerca da aplicação de penas. No novo Direito Penal a prevenção especial ou retribuição não se encontram no centro da questão, mas muito mais a sociedade como um todo do que o próprio criminoso. Percebe-se, então, a aptidão simbólica de reafirmação do direito. Nesse sentido, Luciano Santos Lopes¹⁵⁸ assevera:

Alem das funções declaradas do sistema penal – de manutenção da paz social, ou da tutela de bens jurídicos eleitos socialmente -, existe uma função sua não declarada, qual seja a de sustentar a hegemonia de um setor social sobre o outro. Constata-se, portanto, uma falsidade no discurso do controle penal. O sistema penal tem uma função que se esconde por trás daquele discurso externo, de um pretense Direito Penal igualitário. Há uma tendência seletiva no sistema penal, que cumpre uma função simbólica frente às camadas sociais marginalizadas em relação ao poder central.

Um aspecto desta nova dinâmica é a alteração de tratamento em função do tipo do delinquente, criando-se um reforço do tratamento punitivo relativamente àqueles grupos de delinquentes mais preocupantes. Nesta seara, tem-se uma classe de delinquência com um tratamento jurídico-penal não condizente com o *status* geral de cidadão, referente ao Direito Penal do Inimigo. Desse modo, a administrativização acaba por acarretar na adoção da idéia do inimigo, ainda que de forma implícita e vaga.

Ocorre que, diante da inoperabilidade do Estado perante a criminalidade da globalização e a mentalidade da massa, (re)surgem os denominados movimentos de lei e ordem. Essa teoria maximalista configura-se pela inflação penal e pregam um instrumento repressivo que dê respostas às exigências políticas. Enquanto o sistema minimalista se orienta pelo princípio da legalidade e pela busca da verdade formal, os movimentos de lei e ordem são regidos pelo princípio da oportunidade e da possibilidade de acordos e afrontos de direitos e garantias em prol da denominada “defesa social”.

Abarcado por esta ideologia, o Estado administrativizado passa a ser um gestor de riscos e busca da economicidade. Nesse sentido, Hassemer¹⁵⁹ entende

¹⁵⁸ LOPES, Luciano Santos. **As tradicionais teorias fundamentadoras da pena e as novas construções legitimadoras da reação criminal**: a formação do conceito de justiça penal. In: FERNANDES, Jean Carlos; NASSIF, Gustavo Costa (Coord.). **Tópicos especiais de direito público e privado**; direito, democracia e cidadania. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 249-280.

¹⁵⁹ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma política criminal. **RBCrim**, São Paulo: RT, ano 2, n. 8, p. 43.

que tudo isso não passa de um Direito Penal simbólico (o que será melhor explicitado no tópico seguinte):

[...] há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um direito penal simbólico. Quero dizer com isso que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo direito penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo: aumentar as penas não tem nenhum sentido empiricamente, o legislador – que sabe que a política adotada é ineficaz – faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É isso que eu chamo de “reação simbólica” que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta de uma “reação puramente simbólica”, que acaba se refletindo no próprio direito penal como meio de controle social.

Ademais, o processo de administrativização não modifica apenas o Direito Penal, mas também o Direito Processual Penal. Em razão do alastramento dos fatos atinentes às Ciências Criminais, as técnicas de tratamento de conflitos também foram administrativizadas, de maneira a perder suas características criminais. O uso desmedido das penas faz com que o Direito Penal perca suas características e seja desnaturalizado, sendo que os critérios de oportunidade passam a ser utilizados não somente ligado às condutas, mas também ao contexto de gestão política em que a localidade se encontra.

Nesta esteira, verifica-se ainda um novo papel da vítima no Direito Penal, de modo que há a tendência de aceitação cada vez maior de sua intervenção na persecução penal. Percebe-se tal fato quando a legislação penal admite a extinção do delito ou a não aplicação da pena nos casos em que o imputado acorda com o ofendido, ou repara o dano cometido contra ele. Assim, conforme a solução prevista pelo legislador, a ilicitude de um ato pode constituir um delito ou tão somente um conflito. Luciano Santos Lopes¹⁶⁰ adverte:

Em resumo, a vítima voltou a ter destaque neste modelo, sendo colocada novamente nos papéis principais do palco processual. Teoricamente, este projeto de justiça restaurativa visa eliminar as tensões e traumas da justiça penal. Isto é fato e os méritos são todos devidos. Todavia, alguns problemas se apresentam nesta concepção. Dois deles aqui merecem destaque. O primeiro se liga à percepção de que o ingresso

¹⁶⁰ LOPES, Luciano Santos. **As tradicionais teorias fundamentadoras da pena e as novas construções legitimadoras da reação criminal**: a formação do conceito de justiça penal. In: FERNANDES, Jean Carlos; NASSIF, Gustavo Costa (Coord.). **Tópicos especiais de direito público e privado**; direito, democracia e cidadania. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 249-280.

da vítima, se não mensurado e adequado à sua condição de parcialidade, vai deslocar desastrosamente o foco do processo penal. Tal palco de discussão tradicionalmente caminha com respeito ao contraditório entre o Estado imparcial (representado pelo Ministério Público e a Magistratura) e o acusado parcial.

Percebe-se, juntamente com o reaparecimento da vítima no sistema penal, relevantes consequências na limitação do bem jurídico. O bem jurídico, como já anteriormente explicitado, torna-se mais voltado para interesses da sociedade. Luiz Flávio Gomes¹⁶¹ ressalta a problemática da conceituação do bem jurídico diante da nova realidade:

Entretanto, a noção de bem jurídico não somente sofre limitações pelo lado do novo papel da vítima. O direito penal atual põe em crise a importância deste conceito por meio de duas situações diferentes. De um lado as necessidades de política criminal e a expansão do direito penal (até novas áreas de aplicação) têm feito perder certeza, concreção e personalização a idéia de bem jurídico. De fato aparecem como bens jurídicos programas de organização burocrática do Estado, metas econômicas, padrões de segurança etc. Isso mostra um caráter difuso que se torna ainda mais evidente nos chamados bens macrossociais.

Ora, sabe-se que a solução para os problemas não reside no aumento do alcance do Direito Penal, mas, ao contrário, na eliminação das normas desnecessárias que buscam a solução de conflitos que poderiam ser resolvidos em outros âmbitos de controle social. A renúncia da aplicação da pena ou de novas modalidades de sanções são indícios de que o Direito Penal está intervindo onde não é necessário, de forma a produzir um temeroso distanciamento entre o punível e o efetivamente apenado.

As políticas de “lei e ordem”, responsáveis pelo expansionismo da penalização das condutas da nova criminalidade como forma de controle social são ineficazes e impróprias para a tutela dos bens que se pretende proteger. Vive-se, assim, uma crise do Direito e da sociedade.

Pode-se chamar de “dupla falência”, de acordo com Eduardo Sanz de Oliveira e Silva¹⁶², posto que o direito penal nunca conseguirá alcançar a eficiência almejada pela sociedade no combate aos macrodeltos, bem como na busca da referida

¹⁶¹ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guilherme Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. Tradução da 2. parte Lauren Paoletti Stefanini; revisão da tradução Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 42.

¹⁶² D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Org.). **Direito penal secundário**. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora - Revista dos Tribunais, 2006. p. 201.

eficiência também restarão deixadas de lado as inúmeras conquistas humanistas históricas da sociedade, que o Estado Democrático de Direito deveria preservar por meio de um Direito Penal minimalista.

A complementar a explicação sobre o momento que o Estado administrativizado vive, Salo de Carvalho¹⁶³ afirma que:

[...] a “questão penal”, representada pela atual modificação na estrutura do paradigma liberal-garantista do direito penal, induz a novas criminalizações que sobrecarregam e obstaculizam o sistema, diminuindo substancialmente as garantias: é uma dupla falência, que se manifesta de um lado na crise de eficiência, e de outro, na crise das garantias, e por isso agride ambas as funções de tutela que justificam o direito penal: as funções de tutela social, a defesa das partes ofendidas contra os crimes, e as funções de garantia individual, a tutela dos indiciados contra as punições.

Portanto, deve-se proceder a análise aprofundada dos excessos normativos no campo penal econômico, de modo a recuperar a limitação de incriminações. Deve-se buscar na escala econômica o limite político criminal dos delitos do direito penal clássico, que se encontra especialmente representado pelo princípio da subsidiariedade.

4.4 Quais as consequências da administrativização no exercício de atividade empresarial?

Como se viu, a administrativização do Direito Penal causa o surgimento de novos tipos penais, atinentes a delitos de perigo abstrato, bem como gera o mencionado distanciamento formal entre os atos puníveis e os atos de fato apenados. E esta situação, no âmbito do exercício de atividades empresariais, acabar por gerar inúmeros riscos aos empresários e as sociedades empresárias, sobretudo quando falamos de atividades com relevantes interesses sociais.

Neste prisma, ecoa um novo fenômeno no meio empresarial, atinente à necessidade de se administrar novos riscos de se praticar condutas passíveis de punição na esfera penal. Em outras palavras, o exercício de atividade empresarial ganha mais uma preocupação, de níveis extremamente elevados, vez que práticas

¹⁶³ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 85.

até então vistas como meros delitos administrativos passam a receber a tutela do Direito Penal, limitando-se até mesmo o princípio da livre iniciativa, incluído no rol dos direitos fundamentais de primeira geração e preceito constitucional da ordem econômica nacional.

Este quadro pode ser visualizado na medida em que a arte de se ingressar em uma determinada atividade econômica, ou de manter o seu exercício, traz novos riscos ao seu titular, de índole penal.

No exato momento em que, com o intuito de se criar uma ferramenta de proteção das funções do Estado, passa-se a adotar como crime condutas de perigo abstrato, onera-se de sobremaneira o titular de atividades empresariais, eis que seu exercício passa a tomar riscos de projeções inimagináveis, ante a dificuldade deste em de fato compreender sua conduta como passível de penalização na esfera penal.

Assim é que a administrativização empresarial de riscos torna-se necessária no exercício de atividade empresarial, surgindo o denominado conceito de *compliance*, ideia que denota a adoção de políticas destinadas à diminuição de riscos da sociedade empresária, com o incremento, por ela mesma, da fiscalização de operações ditas como cotidianas, com o nítido intuito de se projetar consequências danosas aos interesses empresariais para, ato contínuo, evitá-los.

Mas percebe-se que fica então a cargo da própria sociedade compreender o que seria uma conduta criminosa, vez que os delitos de perigo, ao contrário dos clássicos tipos penais, positivados de antemão no ordenamento jurídico, geram interpretações quanto a sua verificação ou não. É como se o Estado, para proteger as suas funções, onerasse as sociedades empresárias com a obrigação da compreensão de todas as condutas, a fim de classificar aquelas puníveis, e aquelas não puníveis.

As sociedades empresárias passam a se ver obrigadas a adotar políticas de verificação de riscos no exercício de suas atividades, num fenômeno de gestão de riscos econômicos e financeiros, destinados ao agir limitado em sua própria iniciativa e autonomia. Portanto, as políticas de *compliance* tornam-se essenciais às práticas empresariais, focadas na gestão de possíveis danos à empresa, oriundos da aplicação de penas, por meio da coerção estatal.

Essa busca pela gestão de danos tem, nessa linha, reflexo proveniente de uma política criminal nacional e, por conseguinte, originária no próprio ordenamento jurídico-penal contemporâneo que incrimina, cada vez em maior intensidade,

condutas que antecipam a proteção do objeto tutelado por uma nova ordem, com a finalidade única de reduzir um suposto risco de dano a bens jurídicos supraindividuais, agora tutelados pelo Direito Penal.

Clássico exemplo do que aqui se afirma é verificado quando da análise de legislações infraconstitucionais, como a Lei nº 9.605/95, conhecida como Lei de Crimes Ambientais, a Lei nº 9.613/98, que lida acerca dos crimes de lavagem de dinheiro e a Lei nº 8.137/90, aplicada aos crimes tributários e contra a ordem econômica. Todos estes exemplos, como já se viu de tudo defendido ao longo deste trabalho, provêm do fenômeno da administrativização do Direito Penal, responsável por tutelar o descumprimento de uma conduta legal, em vistas à simples proteção de funções do Estado, técnica apoiada no emprego de tipos penais abertos que não distinguem as reais diferenças entre o lícito administrativo e/ou civil, e o ilícito penal.

Neste prisma, verifica-se com mais clareza os novos riscos do exercício das atividades empresariais, vez que condutas ditas como neutras em si mesmas, mas que, em seu regular desenrolar tornam-se aptas a se encaixarem em algum dos novos tipos penais, referentes aos delitos de perigo abstrato, oneram a empresa.

E não apenas o exercício das atividades empresariais, pelas sociedades empresárias, mas também a ocupação de cargos gerenciais, bem como a detenção de qualidade, sobretudo de sócio, pode ensejar a persecução penal pelo Estado, em detrimento até mesmo de direitos fundamentais, como o caso da princípio da livre iniciativa, acima citado, bem como da propriedade, em sua função social.

Surge, portanto, uma nova preocupação com eventuais riscos que influenciam todo o sistema penal, que passa a ser considerado um risco em si mesmo, sobretudo ante a sua potencial aplicação abusiva sobre agentes ligados ao exercício de atividades empresariais. E, desta nova preocupação, as empresas passam a ter que exercer novas funções, como a necessária capacidade para diagnosticar a adequação típica de condutas por ela praticadas, evitando-se, dessa forma, o seu próprio comprometimento penal.

Torna-se cada vez mais comum a inexistência de noção acerca da possibilidade de determinadas condutas empresariais revelarem-se como práticas criminosas, com severas punições na esfera da tutela penal.

Tem-se, portanto, que a administrativização do Direito Penal acaba por onerar sobremaneira o exercício de atividades empresariais, inclusive a mera ocupação de cargos gerenciais-administrativos, ou a participação em quadros societários,

empregando-lhe riscos muitas vezes desnecessários, e desestimulando a sua prática, embora seja notória para o próprio desenvolvimento socioeconômico nacional a necessidade do incremento da atividade empresarial.

Relevante relembrar a assertiva de Thomas Jeffery na obra de Antonio García-Pablos Molina¹⁶⁴ segundo a qual mais direito penal significam mais policiais, juízes e prisões e, conseqüentemente, mais infratores na cadeia, porém, não necessariamente menos delitos.

4.5 As propostas de Hassemer e de Sánchez

A dinâmica penal recepciona modelos sociais apreendidos e integra-os em sua própria realidade. A incorporação da sociedade de risco cria a necessidade de tutela de novos bens jurídicos e utiliza o Direito Penal como a única esperança de controle social, causando, ao mesmo tempo, a frustração pela ineficiência do mesmo.

Os tipos penais incriminadores surgem sem condições de aplicação, tornando-se meros valores de simbologia proibitiva. Em verdade, o Direito Penal, ao elaborar normas, acaba por realizar fatores simbólicos de comportamentos indesejados.

O discurso de resistência garantista¹⁶⁵ prega o combate aos crimes de perigo, com fulcro na idéia de que o bem jurídico é o fundamento de proteção do sistema penal regido pelo princípio da lesividade. Os tipos penais abertos, de perigo, e as normas penais em branco não consistem na melhor opção para o sistema penal, pois contribuem para a manutenção das estruturas normativas. Todavia, o problema da sociedade contemporânea não se encontra nos tipos penais, mas sim na forma como os aplicadores do Direito condicionam as modalidades jurídicas.

¹⁶⁴ MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 303.

¹⁶⁵ “Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do Direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos o direito penal e o próprio princípio majoritário” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer *et. al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 271)

Neste sentido, Hassemer e Sánchez, críticos do Direito Penal simbólico, tentam resolver o problema da tipificação, de forma absolutamente diversa um do outro, com base no direito de intervenção e no Direito Penal de duas velocidades, respectivamente.

Segundo Hassemer¹⁶⁶, a teoria do delito consistiria num conjunto de procedimentos a serem seguidos pelo órgão julgador, de modo a garantir ao cidadão que apenas haverá punição se constatada todas as categorias constitutivas do crime, sendo elas a ação humana, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Hassemer, como maior expoente da escola de Frankfurt, é defensor de um Direito Penal individualizado, dotado de bens jurídicos pessoais e vinculados ao resultado.

Para o autor, o tipo penal realiza a função de seletividade e fragmentariedade, de modo a apresentar uma relação imediata com o bem jurídico a ser tutelado. Dessa forma, o tipo seria o plano de incriminação mais complexo que a simples constatação da ação humana, sendo, porém, insuficiente para justificar a punição, pois ainda devem ser verificadas as categorias da antijuridicidade e da culpabilidade. Assim é que Hassemer¹⁶⁷ afirma que:

[...] espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou a *ultima ratio* do Direito penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas.

Com efeito, o destaque do doutrinador consiste na visão restritiva dos bens jurídicos, posto que estes devam ser palpáveis, concretos, determináveis e relacionados às pessoas individualmente consideradas, denominando-a de teoria pessoal do bem jurídico.

¹⁶⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução Pablo Rodrigo Aullen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005. p. 278.

¹⁶⁷ HASSEMER, Winfried. **História das idéias penais na Alemanha do pós guerra**. Tradução Carlos Eduardo Vasconcelos. In: **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 48.

O doutrinador¹⁶⁸ não aceita a constante antecipação de tutela que o Direito Penal vem aplicando na sociedade hodierna de risco, considerando-a como uma categoria de normatização típica. Isso não significa que Hassemer¹⁶⁹ não reconhece a nova dinâmica, mas ao contrário, ele percebe com clareza a sociedade contemporânea, e prega que os novos bens jurídicos não devem estar submetidos ao Direito Penal. A jurisdicização da sociedade de risco deveria apenas ser engendrada por setores externos ao sistema penal, de forma a buscar outro ramo de sanção e regulação, no qual se cita o Direito Administrativo.

Hassemer¹⁷⁰ chama o sistema com essas novas premissas de Direito de Intervenção, que significa a descriminalização dos comportamentos que não apresentam uma expressiva lesividade aos bens jurídicos pessoais. Em outras palavras, seria a criação de um novo ramo jurídico, com menos garantias que o sistema penal e, ao mesmo tempo, sem a possibilidade de punições tão severas, mas capaz de coibir e reprimir os desvios da sociedade, sendo que este novo Direito estaria entre o Direito Civil e o Direito Administrativo. Nesse sentido, o autor¹⁷¹ prescreve que:

Há muitas razões para se supor que os problemas modernos de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um direito interventivo correspondentemente moderno na zona fronteira entre o direito administrativo, o direito penal e a responsabilidade civil pelos atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal, sem problemas de imputação, sem pressupostos da culpabilidade, sem um processo metucioso – mas, então, também, sem a imposição de penas criminais.

O discurso de Hassemer¹⁷² é fundamentado na ideia de que o Direito Penal não é capaz de tratar a nova criminalidade, sendo certo que o Direito de Intervenção

¹⁶⁸ HASSEMER, Winfried. **História das idéias penais na Alemanha do pós guerra**. Tradução Carlos Eduardo Vasconcelos. In: **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 48.

¹⁶⁹ HASSEMER, Winfried. **História das idéias penais na Alemanha do pós guerra**. Tradução Carlos Eduardo Vasconcelos. In: **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 48.

¹⁷⁰ HASSEMER, Winfried. **História das idéias penais na Alemanha do pós guerra**. Tradução Carlos Eduardo Vasconcelos. In: **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 48.

¹⁷¹ HASSEMER, Winfried. **História das idéias penais na Alemanha do pós guerra**. Tradução Carlos Eduardo Vasconcelos. In: **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 59.

¹⁷² HASSEMER, Winfried. **História das idéias penais na Alemanha do pós guerra**. Tradução Carlos Eduardo Vasconcelos. In: **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993.

surge sob novos parâmetros jurídicos para retirar da seara criminal os elementos sociais responsáveis pela expansão equivocada do Direito Penal.

Por outro lado, a doutrina de resistência elaborada por Sánchez é mais sutil e não nega premissas contemporâneas como a necessidade de um sistema penal aberto na sociedade de risco. Sua crítica consiste na relação existente entre as garantias do sistema de imputação e as sanções resultantes em face do cidadão.

O discurso de Sánchez¹⁷³ se preocupa em garantir uma adaptação dos mecanismos de sanção com a proteção do indivíduo em face do poder coercitivo do Estado. E, desde logo, trata de diferenciar sua crítica da de Hassemer, ressaltando que não se restringe o sistema penal aos bens pessoais e patrimoniais, bem como não cria um sistema jurídico em separado, mas tão somente distingue operativamente de maneira interna o Direito Penal. Neste prisma, o doutrinador¹⁷⁴ esclarece que:

Na minha opinião, contudo, e aparentemente ao contrário da proposta do “Direito da Intervenção”, não haveria nenhuma dificuldade em admitir esse modelo de menor intensidade garantística dentro do Direito Penal, sempre e quando – isso sim – as sanções previstas para os ilícitos correspondentes não fossem de prisão.

Para Sánchez¹⁷⁵, o Direito Penal é dotado de uma simbologia superior aos demais ramos jurídicos, de modo que ao se elevar o comportamento à qualidade de infração penal, aponta-se para um desvalor social de maior escala, valor simbólico inerente às ciências criminais.

Nesta senda, o autor¹⁷⁶ se utiliza de um modelo dualista de configuração do sistema penal. A natureza dos tipos penais é classificada como Direito Penal de primeira ou segunda velocidade. Os tipos penais fechados prescrevem de forma delimitada os comportamentos proibidos, sendo que suas punições são de maior

¹⁷³ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 141.

¹⁷⁴ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 141.

¹⁷⁵ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 141 - 149.

¹⁷⁶ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 141- 149.

gravidade e, em contrapartida, os tipos penais abertos permitem maior discricionariedade do intérprete, culminando em sanções de menor intensidade.

De acordo com Sanchez¹⁷⁷, o Direito Penal de primeira velocidade compreenderia os crimes apenados com pena privativa de liberdade, sendo que sua repressão deveria seguir os ditames do garantismo penal. Já o Direito Penal de segunda velocidade consistiria nos crimes apenas com penalidades restritivas de direitos, permitindo maior flexibilização do garantismo penal.

Aprofundando-se em tais pensamentos, pode-se falar, até mesmo, de um Direito Penal de *terceira velocidade*, que seria o afamado Direito Penal do Inimigo. O autor esclarece seu discurso¹⁷⁸ da seguinte forma:

A pergunta que há que elaborar, enfim, é se é possível admitir uma “terceira velocidade” do Direito Penal, na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. (...) Sem negar que a “terceira velocidade” do Direito Penal descreve um âmbito que se deveria aspirar a reduzir a mínima expressão, aqui se acolherá com reservas de opinião de que a existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras processuais menos estritas que as do Direito Penal da primeira velocidade, com certeza, é em alguns âmbitos excepcionais, e por tempo limitado, inevitável.

Diante do contexto atual de que somente os tipos abertos são capazes de modular as condutas da sociedade de risco, percebe-se que o Direito Penal contemporâneo consiste na expressão jurídica de segunda velocidade.

Sánchez¹⁷⁹ salienta, ainda, que sua proposta não se trata de uma postura elitista e nega a possibilidade de antecipação máxima de tutela, isto é, a tipificação de atos preparatórios.

Verifica-se, em sua concepção, as transformações que o Direito Penal vem sofrendo ao longo do tempo, tornando-se um direito de prevenção, no qual os parâmetros do risco permitido são realizados para a gestão da sociedade moderna.

Portanto, em ambos os discursos, tanto de Hassemer, quanto de Sánchez, existe uma visão pré-concebida do *dever-ser* apta a oferecer a contestação do atual

¹⁷⁷ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 141 - 149.

¹⁷⁸ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 148-149.

¹⁷⁹ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 141 - 149.

estágio do Direito Penal. Os questionamentos dirigem-se ao legislador, todavia a análise da tipicidade aberta adstrita a essas críticas encontra obstáculos como o fato das indignações residirem apenas em fatores externos ao Direito Penal, e ao fato de o paradigma utilizado para a realização do discurso ser somente idealizado e, por isso, discutível. Ademais, não se pode permitir uma relativização das determinações do garantismo penal, conforme propõe Sánchez.

Ora, a tipicidade deve ser criticada em relação às suas opções seletivas e de formas de criminalização, contudo devem também ser estudados os motivos que levaram os tipos penais a assumirem dadas feições.

5 POSSÍVEIS ALTERNATIVAS À ADMINISTRATIVIZAÇÃO

5.1 Como a Constituição pode orientar a expansão do Direito Penal

Segundo Luiz Flávio Gomes¹⁸⁰, a Constituição autoriza a concepção do delito como ofensa a um bem jurídico, bem como a consagração do princípio da ofensividade¹⁸¹. O desafio se encontra em verificar se ela estabelece algum tipo de vínculo imperativo limitador na seleção dos bens jurídicos que devam ser tutelados pelo Direito Penal.

Pode-se partir do pressuposto de que a Constituição da República exerce direta influência no conteúdo das normas penais, já que os valores básicos constitucionalizados revelam os elementos axiológicos que conferem unidade, fundamento e legitimidade à ordem jurídico-política da nossa comunidade.

A construção e interpretação dos componentes normativos do nosso sistema devem ser orientados pela exigência de que o conteúdo das mesmas sejam adequados ao quadro de valores constitucionais. É justamente por isso que as normas infraconstitucionais que violam, negam ou iludem substancialmente tais valores são manifestamente inconstitucionais.

De acordo com a ordem de valores existente e emanados da Carta Magna, parte da doutrina deduz os objetos de proteção penal que teriam caráter vinculante, sendo esta inspiração denominada *teoria constitucionalista em sentido estrito*.

¹⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito 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. p. 87.

¹⁸¹ A respeito do princípio da ofensividade, Luis Flávio Gomes afirma: “para que haja proporcionalidade ou razoabilidade na construção e aplicação do Direito penal, é fundamental, portanto, não só que esse outro bem ou interesse seja real, senão também que a lesão ou o perigo seja efetivo, isto é, constatado em cada caso concreto, sendo intolerável (no âmbito estrito do Direito penal) qualquer tipo de presunção de ofensividade. autorizar que ocorra a intervenção penal, sobretudo na esfera da liberdade da pessoa, em virtude de uma mera presunção legal (hipóteses de perigo abstrato, por exemplo) ou mesmo como decorrência da (mera) realização de uma conduta (injusto fundado exclusivamente no desvalor da ação), sem a efetiva demonstração de uma afetação visível, externa, perceptível, significa tanto a concretização de um Direito penal distante da proporcionalidade e da ofensividade como, especialmente, uma absoluta e total desatenção ao valor da dignidade humana” (GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito 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. p. 30).

Tal formulação foi especialmente desenvolvida pelos italianos e se baseia na assertiva de que o ilícito penal somente pode se concretizar por meio de uma intolerável lesão a um valor constitucionalmente relevante. Bricola¹⁸², seu principal expoente, sustenta a legitimidade da sanção penal diante da presença da violação de um bem de significação constitucional.

A Constituição Italiana tem como regra geral a liberdade pessoal, sendo que o sacrifício desse bem, em razão da hierarquia e relevância somente é admitido no caso de bem de igual ou maior valor, ou seja, de bens não apenas constitucionalmente previstos, mas também de relevância significativa.

Em verdade, trata-se do *princípio da proporcionalidade* presente na exigência do equilíbrio estrito entre os bens em conflito. Proporcionalidade que também justifica o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal.

Desse modo, o legislador deveria incorporar ao ordenamento jurídico-penal os valores mais importantes presentes de modo vinculante na norma fundamental.

Nesse sentido, Bricola¹⁸³ afirma:

Não residiria tanto na posição entre o bem jurídico tutelado pela norma em discussão e o bem protegido pela outra norma paradigmática (conflito esse que seria reconduzido ao art. 3º da Constituição italiana), senão primordialmente da relação de hierarquia estabelecida entre o bem tutelado e a liberdade pessoal sacrificada em razão da sanção penal e, portanto, não somente de um juízo extrínseco à norma penal senão também de um juízo intrínseco.

Com efeito, apenas o ordenamento constitucional teria reais condições de estabelecer limites ao legislador ordinário de infrações penais, em virtude de ser um limite externo e vinculante às normas infraconstitucionais. Apenas o poder constituinte e a Constituição podem orientar o legislativo na estrutura da lei formal, sendo que o limite à atividade legiferante deve ser externo.

¹⁸² BRICOLA, Franco. **Teoria generale del reato, Scritti di diritto penale**. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionario. Milano: Giuffrè, 1997. V. 1, t. 1, p. 541 *apud* GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito 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.

¹⁸³ BRICOLA, Franco. **Teoria generale del reato, Scritti di diritto penale**. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionario. Milano: Giuffrè, 1997. V. 1, t. 1, p. 541 *apud* GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito 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.

As constituições podem não contemplar um interesse muito relevante em determinado momento, contudo, após um lapso temporal, o dado interesse pode ser de imensurável valor para a comunidade.

A teoria estrita da configuração constitucional é criticada por autores como Aguado Correa¹⁸⁴ pela incerteza da Constituição, eis que, muitas vezes, não delinea com segurança a natureza do bem jurídico, nem determina a realidade social com precisão.

Por outro lado, Luiz Flávio Gomes¹⁸⁵ explica que para a teoria constitucionalista genérica (ampla ou elástica), a norma constitucional não seria o fundamento obrigatório de criminalização, mas tão somente um marco referencial.

Figueiredo Dias¹⁸⁶ assinala:

Se em um Estado de direito material toda atividade do Estado, incluindo a jurídico penal, tem que estar submetida à Constituição e fundar-se na legalidade democrática, então também a ordem legal dos bens jurídicos deve constituir, antes de tudo, uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição, verificando-se entre as duas ordens mútua relação. Relação que não é certamente de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, senão de analogia substancial, fundada em uma essencial correspondência de significado que permite afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado.

Tem-se, então, que o bem jurídico deve ser concebido como um instrumento que permita a pessoa uma participação em seu âmbito político-social, de forma que a Constituição representa o marco geral de referência aos direitos fundamentais e de uma organização político-social concreta. A Constituição serve, assim, de parâmetro para o reconhecimento dos bens no sistema social.

Maria Conceição Cunha¹⁸⁷ assinala a forma como a dita limitação constitucional poderia funcionar na prática, ao explicitar que concebe que qualquer Juiz desenvolva seus poderes para controle da necessidade penal nos casos em

¹⁸⁴ CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999.

¹⁸⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito 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. p. 86-107.

¹⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal e estado de direito material. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1982. v. 31, p. 94.

¹⁸⁷ CUNHA, Maria Conceição. **Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 213.

que a criminalização não seja adequada ou quando o bem jurídico subverte evidentemente à ordem valorativa da Carta Magna.

Constata-se que a Constituição é o ponto de referência para a seleção e hierarquização dos interesses penalmente protegíveis. Apesar de não ser um catálogo exato de seleção de bens jurídicos, por serem questões abertas, a Constituição concede precisas limitações de caráter negativo à atividade criminalizadora, como o fato de não ser função do Direito Penal a tutela de interesses exclusivamente morais ou se impor determinada ideologia.

Verifica-se que, da concepção constitucionalista de intervenção penal, a sanção só se justifica como necessidade social, posto que o Direito Penal consiste em *ultima ratio* e a necessidade de descriminalização é latente.

A majoritária doutrina não exige que o bem jurídico em Direito Penal esteja necessariamente expresso na Constituição. O bem jurídico penal conta com legitimidade e validade tão somente por não ser incompatível com a constituição, ou seja, com o quadro de valores nela expressos.

A norma fundamental não impõe a tutela de determinados bens jurídicos, mas apenas serve de ponto de partida para a edificação do sistema penal, que não pode proteger valores irreconciliáveis com a Constituição.

Cabe salientar ainda a imprecisão dos conceitos constitucionais, que servem apenas de orientadores em termos gerais. Se assim não os fossem, estaríamos fadados ao estrangulamento da realidade social, por ser esta a fonte primária dos bens e dinâmica aplicável. Nesta senda, extrai-se da Carta Magna inúmeros princípios-guias, limitadores do legislador ordinário, especialmente na árdua tarefa de seleção dos bens jurídicos objetos da tutela penal.

O íntimo vínculo entre Constituição e Direito Penal é inversamente proporcional à rigidez da Constituição, isto é, quando a Constituição não for a única fonte de seleção dos bens jurídicos, ainda que seja a sua referência, sempre de acordo com as exigências político-criminais.

Constata-se, ainda, que a privação da liberdade, tendo em vista o elevado valor da liberdade pessoal, só resulta legitimada quando estão em jogo ofensas concretas para outros bens de igual valor.

Podem ainda ser objeto da tutela penal, outros bens jurídicos não expressamente contemplados na Constituição, desde que não sejam incompatíveis

com seu quadro de valores, o que seria a primeira lição legiferante no momento da criminalização.

Todas as demais criminalizações que atritam com o quadro axiológico constitucional devem ser reputadas inconstitucionais, ou já não contam com vigência ou, se continuam vigentes, não são válidas (ilegais).

A intenção de transformar o conceito de bem jurídico de um conteúdo material e oferecer com precisão os bens merecedores da tutela penal não obteve êxito. Têm-se, apenas, alguns critérios limitadores que, por sua vez, servirão de base para uma política-criminal.

Da tentativa de definição dos critérios norteadores do conceito de bem jurídico, resultou a referência constitucional do bem compatível com o quadro axiológico e a revisão do atual sistema normativo.

Neste escopo, Mendez Rodríguez¹⁸⁸ assinala:

Para além dos limites axiológicos elaborados pela (própria) ciência penal, é evidente a existência de um limite negativo de carácter normativo que se concretiza na impossibilidade de sobrepassar ou penalizar, ao tipificar um conflito, os princípios reconhecidos constitucionalmente. A Constituição, ao regular determinadas relações sociais e conflitos sociais, lhes dá uma determinada configuração (...) nisto residem limites que o Direito penal, como é lógico, não pode sobrepassar nem em suas formulações em sentido estrito, nem, no que é muito mais importante, na interpretação que das normas penais se faça, interpretação que deve efetuar-se sempre de conformidade com a Constituição e com o constante labor interpretativo que neste sentido realiza o Tribunal Constitucional.

O bem jurídico eleito pelo legislador não pode conflitar com o quadro axiológico da Constituição e deve contar com a relevância social. O legislador é o titular da seleção dos bens jurídicos e deve, ainda assim, proceder dentro dos limites da Carta Magna.

A Constituição não proporciona critérios de orientação positiva ao legislador, mas tão somente critérios interpretativos para o alcance do bem jurídico elevado à regulação positiva. No momento de decisão sobre o âmbito jurídico penalmente relevante ou no momento de sua revisão, é necessária a consideração da relevância constitucional do bem jurídico, bem como da sua importância social.

De qualquer forma, como defendido, não são critérios rígidos, mas apenas delimitativos. O legislador tem liberdade de eleição em virtude do princípio

¹⁸⁸ MENDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993. p. 26.

democrático, mas não pode elevar à categoria de bem jurídico-penal, interesses conflitantes com os princípios, valores ou normas constitucionais.

Por outro lado, também não é correto dizer que apenas os direitos fundamentais são merecedores da tutela penal, porque outros interesses, ainda que não contemplados no texto constitucional, podem ser objetos da tutela penal se forem socialmente relevantes e compatíveis com os valores constituintes.

Pode-se inferir, concretamente, três limites à atividade criminalizadora, quais sejam, (i) a não compatibilidade com o quadro de valores constitucionais; (ii) a relevância social; e (iii) a afetação individual do bem jurídico.

O bem jurídico penal não pode sobrepassar os limites das valorações e proibições que provêm do legislador constituinte. Mendez Rodríguez¹⁸⁹ explica que:

Uma coisa é a fundamentação positiva da tutela (o núcleo, o conceito), que tem que se referir necessariamente aos bens jurídicos coligados com as relações sociais 'reais', e outra coisa é a fundamentação negativa, que encontra seu limite normativo não só na Constituição senão também em todos os princípios básicos conquistados durante séculos pela doutrina penal e que se constituem em limite axiológico: o princípio da necessidade, o princípio de ofensividade, o princípio de *ultima ratio*, a necessidade de que as proibições penais sejam não só diretas senão também idôneas para a tutela de bens jurídicos.

Também Silva Sánchez¹⁹⁰ explica sobre a consagração constitucional do bem jurídico:

É preciso prosseguir no trabalho da concretização das características dos objetos penalmente protegíveis, para o qual será preciso ter presentes os princípios político-criminais que irão inspirar de modo geral o exercício do *ius puniendi* do Estado. Em particular, será necessário atender a considerações sobre o merecimento de pena (derivado da significação atribuída ao bem e da gravidade das diversas formas de ataque ao mesmo) e sobre a necessidade de pena, derivada da ineficácia de outros meios menos lesivos que os penais.

Não são todas as relações sociais que contam com valor suficiente para integrar o rol dos bens jurídico-penais. Além da compatibilidade axiológico-constitucional e de sua natureza individual, ainda é imprescindível a análise da

¹⁸⁹ MENDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993. p. 30.

¹⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992. p. 275.

fragmentariedade e subsidiariedade, fato que só confirma a distinção entre bem jurídico e bem jurídico penal.

Há proibições que derivam dos direitos de liberdade, enquanto outras emanam dos princípios constitucionais. De qualquer forma, o legislador deve, além de respeitar os limites negativos, também se atentar às proibições constitucionais de incriminação.

A sinalização da Constituição de criminalização não significa que a imposição de sanções penais seja uma operação legiferante automática. O legislador goza, como já dito, de uma ampla margem de liberdade dentro dos limites legais e constitucionais estabelecidos.

Portanto, não existe a obrigação de criminalização ou penalização, mas tão somente uma indicação do valor do bem jurídico referido na Constituição. Por isso, o não cumprimento das obrigações de criminalização por parte do legislador não é sancionado com nenhuma consequência jurídica.

Isto posto, o bem jurídico a ser eleito pelo legislador não pode conflitar com o quadro de valores da Constituição e deve contar com relevância social. Mas, afinal, qual é o vínculo existente entre Constituição e bem jurídico penal? De acordo com Luiz Flávio Gomes¹⁹¹:

A resposta mais plausível é a seguinte: "A Constituição não proporciona critérios de orientação positiva que marquem o que deve ser bem jurídico com caráter prévio à sua consagração normativa, mas sim proporciona critérios interpretativos com relação ao alcance do bem jurídico uma vez que este foi elevado à regulação positiva".

Desse modo, de acordo com Luiz Flávio Gomes¹⁹², não são todas as relações sociais que contam com hierarquia e valor suficiente para integrar o rol dos bens jurídicos penais, pois além de sua compatibilidade axiológica constitucional e de sua natureza individual, é necessário ainda superar as valorações consagradas nas categorias do merecimento de pena (fragmentariedade) e necessidade de pena

¹⁹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito 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. p. 103.

¹⁹² GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito 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. p. 105.

(subsidiariedade), de modo que não são todos os bens jurídicos que devem ser automaticamente valorizados como penalmente relevantes.

5.2 A proposta do Direito de Intervenção

Recapitulando a já estudada escola de Frankfurt, cabe ser analisada a proposta do direito de intervenção, especialmente propagada por Winfried Hassemer.

O alemão Hassemer¹⁹³ prega a idéia de que, com o advento dos novos riscos da modernidade, o sentimento de medo da população se tornou perene, o que resultou numa imensa demanda por maior atuação do aparato criminal.

Desse modo, os legisladores lançariam mão de instrumentos jurídicos que, muitas vezes, não tutelam de forma eficiente a sociedade. Novos tipos penais foram criados, direitos e garantias individuais foram restringidos, penas foram incrementadas e, ainda assim, não houve significativas mudanças no quadro social.

A tendência social, assim, se resume na utilização penal simbólica, abarrotada de instrumentos incapazes de combater as novas infrações. Todavia, o que importa para a política criminal é manter um nível controlável na opinião pública, por meio da falsa sensação de segurança de que o legislador realmente se preocupa com a criminalidade, e de que os problemas serão efetivamente solucionados.

Nesse sentido, Hassemer¹⁹⁴ afirma que a utilização do Direito Penal como meio de transformação social e asseguramento do futuro da sociedade ofende os valores garantistas a que se encontra vinculado, especialmente o princípio da subsidiariedade, posto que seu uso se dá como *prima ratio* quando politicamente rentável.

De acordo com o citado doutrinador, o Direito Penal deixa de exercer sua função de proteção de bens jurídicos concretos para executar funções simbólicas, servindo o Direito Penal de instrumento da política criminal.

¹⁹³ HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal**. Actualidade Penal. Madrid, n. 43/22 de 1993. p. 635-646.

¹⁹⁴ HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal**. Actualidade Penal. Madrid, n. 43/22 de 1993. p. 646.

Com efeito, o Direito Penal deve restringir-se somente a proibição de condutas individuais capazes de causarem lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico individual, não sendo seu dever à promoção de diminuição dos riscos e do sentimento de pavor da população.

O referido autor é absolutamente contrário à extensão da tutela penal aos bens supra-individuais e aos novos perigos decorrentes da sociedade de risco, sugerindo, para tanto, o denominado Direito de Intervenção. Nesse sentido, ele explica sua linha de pensamento¹⁹⁵:

Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O Direito penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal.

(...)

Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito de Intervenção.

Segundo o autor alemão, a proteção dos bens jurídicos coletivos se daria pelo direito de intervenção e não se situaria no Direito Penal tradicional. Hassemer¹⁹⁶ assevera seu pensamento:

É de grande significado que se afaste do direito penal os problemas que nos tempos atuais foram nele introduzidos. Poder-se-ia aconselhar, quanto àqueles problemas da sociedade moderna, que provocam a modernização do direito penal, de que fossem regulados em um direito de intervenção especial, o qual está situado entre o direito penal e o direito à contrariedade da ordem pública, entre o direito civil e o direito público, o qual dispõe, na verdade, de garantias e de regramentos processuais menos exigentes do que o direito penal, mas que, em contrapartida, está equipado com sanções menos intensas diante do indivíduo. Um direito de natureza “moderna” não seria somente menos grave normativamente, ele seria também, de fato, mais adequado para recepcionar os problemas especiais da sociedade moderna.

O Direito Penal deve, assim, reduzir seu alcance e submeter-se a um processo de descriminalização. Em contrapartida, a proteção dos novos bens

¹⁹⁵ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 08, p. 49, out. 1994.

¹⁹⁶ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução Regina Grev. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 52.

jurídicos supra-individuais ficaria a cargo do dito Direito de Intervenção, restando afastada a idéia da intervenção penal clássica.

Ademais, juntamente com a redução do núcleo penal, o sistema de direito do novo ramo seria livre das rigorosas exigências de princípios e das formalidades de praxe.

O Direito de Intervenção seria uma alternativa ao controle da criminalidade sem a pesada cominação de sanções do Direito penal e orientado por uma precoce intervenção, isto é, pelo perigo, condição necessária para a devida tutela dos bens na atual sociedade de risco. Hassemer pretende, assim, criar um novo ramo de Direito situado entre o Penal e os Administrativo e Civil, para cuidar dos interesses coletivos.

Alamiro Velludo¹⁹⁷ esclarece as características do Direito de Intervenção:

[...] estes “novos” bens jurídicos não devem estar sob a proteção do direito penal. Em outras palavras, o fenômeno de jurisdicização específico da sociedade de risco apenas pode ser engendrado por setores externos ao sistema penal, buscando, destarte, um outro ramo sancionatório e regulador.

De acordo com essas premissas, a efetivação deste novo “Direito de Intervenção” significaria uma forte descriminalização (revogação dos tipos penais) daqueles comportamentos que não apresentam uma explícita danosidade (lesividade) aos bens jurídicos pessoais. O Direito Penal se resumiria ao seu núcleo tradicional, com tipos penais de dano contra o patrimônio, a vida, a honra, a liberdade etc. Manter-se-a no direito penal aquela gama de delitos que, nos dizeres de SCHUNEMANN, constituem o sistema penal das classes baixas.

Neste prisma, o Direito Penal seria liberado das expectativas de prevenção dos problemas característicos das sociedades pós-industriais, função para a qual não estaria preparado e, ainda de acordo com Hassemer, conforme explica Machado¹⁹⁸, poderia implicar sua ruína.

Cabe ressaltar que os bens supra-individuais não seriam deixados de lado pelo ordenamento jurídico, mas tão somente seriam melhor selecionados pelos tipos penais. A respeito dos critérios de seleção desses bens, Alamiro Velludo¹⁹⁹ afirma:

¹⁹⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 160-161.

¹⁹⁸ MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 197.

¹⁹⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 159-160.

O tipo penal, dessa forma, é um plano de incriminação mais avançado do que a simples constatação de uma ação humana, mas é insuficiente para justificar a punição, uma vez que ainda restam a serem efetivadas a antijuridicidade e a culpabilidade. O grande diferencial, contudo, da teoria do autor está em sua visão restritiva dos bens jurídicos, o que causa uma limitação efetiva das possibilidades e formas de tipificação. O bem jurídico para HASSEMER deve ser palpável, concreto, delimitado, relacionado às pessoas humanas individualmente consideradas (teoria pessoal do bem jurídico). Deve-se negar conceitos vagos, abstratos e indefinidos. Da mesma forma, o fenômeno da tipicidade apenas poderá estar vinculado à proteção destes bens, considerando sempre a ocorrência de lesão efetiva de suas representações reais.

De outro norte, como alguns bens jurídicos seriam transportados para este novo ramo do direito não imputado com pena privativa de liberdade, também não seria necessária a manutenção de todas as garantias individuais, de modo a resultar num sancionamento não penal mais ágil e eficaz.

Portanto, não se deve esquecer de que o Direito Penal é apenas um dos meios de controle social, não sendo sempre imprescindível e nem sempre eficaz, mas sem sombra de dúvidas o mais grave.

O Direito de Intervenção, dessa forma, mostra-se como uma alternativa a ser considerada acerca da problemática da administrativização do Direito Penal, exposta anteriormente neste trabalho. Inclusive, pode-se verificar tendências parecidas nas contra-ordenações em Portugal ou no Direito Administrativo sancionador brasileiro.

No caso de Portugal, de acordo com Antônio Leones Dantas²⁰⁰, a reforma penal iniciada em 1982 veio a consolidar o direito das contra-ordenações:

Com aquele ordenamento pretendia-se dotar a administração pública de um instrumento sancionatório que permitisse reagir com eficácia às obstruções ao normal desempenho das suas atividades, objetivo este não atingível nos quadros do direito penal, e, por outro lado, abria-se caminho à saída do âmbito deste ramo do direito de condutas sem dignidade suficiente para o integrar.

Reservava-se assim o direito penal para a tutela dos fundamentos da vida coletiva, dignificando-se este ramo do Direito e redefinindo-se a intervenção dos tribunais a ela associada.

Como experiência brasileira, pode ser citado o exemplo do CADE que, mesmo sem nenhuma sistematização, trabalha com alguma idéia de sanção administrativa. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com fulcro

²⁰⁰ DANTAS, Antônio Leones. **Intervenção no Seminário Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente e de Consumo**, organizado pelo Centro de Estudos Ambientais e de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça – CEJ, em Guimarães, nos dias 20 a 23 de Junho de 1994 (siddamb.apambiente.pt).

na lei 8884/94, é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça que tem como objetivo orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos do poder econômico, exercendo papel de prevenção e repressão no mercado concorrencial. Nos casos de condutas anticoncorrenciais, são aplicadas sanções administrativas.

Assim, percebe-se que existem tendências inspiradas no Direito de Intervenção, todas em busca de uma tutela efetiva das infrações através do Direito Administrativo sancionador, de forma a não recorrer ao Direito Penal como se fosse a única alternativa possível.

5.3 Uma reconstituição da idéia de bem jurídico penal

É necessária a busca pela reconstituição da idéia de bem jurídico penal e, pelo que foi expandido até agora, podem ser extraídas algumas bases fundamentais à definição buscada.

Luiz Flávio Gomes²⁰¹, na empreitada por um conceito transcendentalista de bem jurídico, sintetiza os pontos principais e pacíficos dessa idéia:

[...] (a) que a missão principal do Direito penal é a de proteção exclusiva de bens jurídicos; (b) que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos tem – ao menos implicitamente – embasamento constitucional; (c) que o conceito de bem jurídico não é idêntico ao de bem jurídico-penal (porque nem todos os bens jurídicos “merecem” ou “necessitam” da tutela “penal”); (d) que a missão principal do Direito Penal, destarte, consiste na proteção fragmentária e subsidiária de bens jurídicos; (e) que ainda não existe um conceito “material” de bem jurídico que possa cumprir de modo indiscutível o papel de garantia; (f) que as formulações naturalistas, positivistas, neokantianas ou funcionalistas pouco avançaram nesse sentido; (g) que das contribuições constitucionalistas se extrai ao menos um critério limitador (o bem jurídico não pode ser incomparável com o quadro axiológico-constitucional); (h) que o bem jurídico deve caracterizar-se por sua “relevância social”, sem perder de vista sua “referência individual” e, ademais, ser suscetível de ataque (ofensa).

Atualmente, ainda não existe um conceito material de bem jurídico a vincular positivamente o legislador em sua tarefa de criminalização, mas já existem alguns critérios e indicações a serem consideradas, como a compatibilidade constitucional do bem jurídico e a escala axiológica da Carta Magna.

²⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 108.

Há formulações imanentistas e posições transcendentalistas acerca do bem jurídico. Os imanentistas concebem o bem jurídico de forma normativa, ou seja, dentro do sistema jurídico, de modo a transformar o bem jurídico numa carga meramente valorativa. Já as teorias transcendentalistas partem da premissa de que o bem jurídico está além do sistema normativo e situa sua definição dentro da sociedade.

Nesse sentido, Bustos Ramírez²⁰²: “Há correntes transcendentalistas político-criminais que buscam o núcleo do bem jurídico na Constituição e outras que tendem a formalizar o bem jurídico pela via do sistema social, como imanente a este”.

O bem jurídico deve ser analisado dentro da realidade social, especialmente no âmbito do Direito Penal que cuida dos conflitos sociais. Ora, o Direito protege relações sociais dando respostas a conflitos sociais, disciplinando juridicamente cada conflito. E é essa relação conflitiva que fornece a dimensão dinâmica do bem jurídico, de modo a mostrar os distintos âmbitos do bem, quais sejam, o bem individual e supra-individual.

As teorias transcendentalistas, por sua vez, sedimentam o conceito de bem jurídico na pessoa humana e em seu desenvolvimento na sociedade caracterizada por ser de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Assim, o conceito de bem jurídico deve advir de uma relação social, posto que é por meio de uma relação que a pessoa se expressa na sociedade democrática. O objeto de proteção, então, é a relação social guiada pela pessoa humana. Enfatiza Bustos Ramírez²⁰³:

É necessário ir em busca de uma maior precisão do que é específico do ser social dentro de uma sociedade democrática. E o específico é que o ser social (a pessoa humana) nela se expressa mediante uma relação social concreta e determinada. A relação social é, pois, o que há de específico no ser social em uma sociedade democrática, por isso que o bem jurídico só pode ser um conceito típico de uma sociedade democrática e não de outro tipo de organização social em que o comportamento social do sujeito está determinado desde o Estado, desde a religião, desde a moral etc., é dizer, desde o exterior da relação social e não desde a atividade dos homens.

De outro norte, a relação social não se esgota no que tem valor para o ser humano. O bem jurídico é a relação social em conexão com um bem existencial

²⁰² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal espanol**. Parte general. Barcelona: Ariel, 1984. p. 61.

²⁰³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal espanol**. Parte general. Barcelona: Ariel, 1984. p. 62.

positivamente valorizado. Nesse sentido, a respeito da indagação do bem jurídico, Bustos Ramírez²⁰⁴, prosseguindo em seus estudos, afirma que:

Tem necessariamente que ir mais além dele, isto é, a uma investigação da relação social concreta, da posição que neles ocupam os indivíduos, sua intermediação por meio dos objetos e outros entes que se dão no meio social e da interação que se opera entre eles. O que se propõe definitivamente é, pois, essa relação social, com uma determinada posição e interação dos indivíduos nela frente a determinados objetos e entes. A concretização sintética disso é o bem jurídico.

O conceito de bem jurídico deve ser crítico em relação ao sistema jurídico e social, já que o bem não é do Direito, mas sim do homem e protegido pelo Direito, de forma que o Direito Penal assuma a tarefa de tutelar a satisfação das necessidades humanas.

Em verdade, espera-se que a Constituição oriente o estabelecimento dos bens jurídicos baseados nas necessidades humanas. Nesta linha, Luiz Flávio Gomes²⁰⁵ assinala acerca do conceito crítico de bem jurídico:

Um conceito “crítico” de bem jurídico como o que se está elaborando, “na medida que possibilita retratar a realidade social com a realidade normativa”, permite não só dar maior visibilidade ao processo das decisões político-criminais, senão também um permanente controle do conjunto normativo vigente, que pode, em cada momento histórico, apresentar desequilíbrios que iriam fundar novos movimentos de reforma do âmbito do proibido penalmente.

Assim, o objeto de proteção não é uma decisão exclusiva do legislador, apesar de caber a ele a tipificação da conduta, mas tem uma origem social e é uma expressão normativa da relação de conflito existente.

A individualidade é o núcleo do conceito de bem jurídico, mas isso não impede a existência de bens supra-individuais. A modernização das sociedades provocou uma extraordinária mudança, de forma que até mesmo os conflitos não se apresentam mais como antes. Então, a tutela de bens supra-individuais é legítima, mas sem se esquecer do valor da pessoa humana, o qual sempre será o eixo central da interpretação.

²⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Control social y sistema penal**. Barcelona: PPU, 1987. p. 174.

²⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 114.

Ratifica-se, portanto, que nem todo bem jurídico pode ser jurídico-penal, bem como o fato da tutela penal ser última instância à qual pode o legislador recorrer, de modo que somente os bens de elevado valor podem constituir como seu objeto.

Com efeito, na reconstituição da idéia de bem jurídico penal, cabe ainda analisarmos a legitimidade da proteção penal dos bens jurídicos.

A atividade criminalizadora do legislador só resulta legítima quando respeita o núcleo básico do Direito Penal da liberdade, composto eminentemente pelo princípio da ofensividade.

Neste prisma do *ius libertatis*, tem-se que somente podem ser criminalizadas as condutas que resultem lesão ou perigo de lesão concreta ao bem jurídico. Pode-se, assim, dizer que a medida que a criminalização do âmbito prévio se afasta do paradigma da ofensividade do delito, já não está mais presente a legitimidade.

Quando os limites constitucionais do *ius puniendi* não são respeitados, dá-se ensejo a censura constitucional ou a uma atividade interpretativa de correção, de incumbência do intérprete ou aplicador da lei.

São estabelecidos critérios deslegitimadores da atividade legiferante, ou seja, na seleção dos bens que podem e devem compor o quadro do Direito penal no atual Estado Democrático de Direito. Na interpretação do tipo penal já não se pode somente realizar a mera subsunção formal da conduta, mas deve-se, ainda, averiguar o conteúdo da norma e qual o bem jurídico protegido por ela. Ademais, há de se realizar tal análise para que seja ratificada a exigência da lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico em pauta.

O método no Direito Penal do Estado Constitucional e Democrático de Direito já não se resume à mera subsunção do positivismo legalista, mas trata-se, também, da ponderação. Para tanto, o juiz tem o dever imperioso de corrigir eventuais excessos, desequilíbrios ou abusos cometidos pelo legislador.

Com efeito, o legislador pode orientar a ponderação do Juiz, mas não substituí-lo neste trabalho, posto que carece de informações acerca dos preceitos constitucionais e circunstâncias do caso concreto. Os conflitos entre princípios são resolvidos pelo Juiz no caso concreto, e jamais podem ser definitivamente cancelados pelo legislador.

O próprio processo aplicativo do Direito sofreu mudanças relevantes, conforme assinala García de Enterría²⁰⁶:

Longe de se entender como uma operação mecânica, passa a ser algo necessário e rigorosamente axiológico. Desde o momento em que ficou claro que há que se operar diretamente com valores, a operação aplicativa é tudo, menos mecânica; isso restituiu aos juizes seu papel essencial de assegurar a efetividade da ordem jurídica como instrumento qualificado e imprescindível.

Dessa forma, o juízo de tipicidade no Direito Penal deixa de ser uma operação de mera subsunção formal da conduta à letra da lei. Impõe-se, ainda, um juízo de ponderação entre o bem jurídico afetado e os bens jurídicos do condenado, de modo a ser imprescindível a realização de um acurado juízo de ponderação.

Vale ressaltar, por fim, que sem a presença de um resultado jurídico, lesão ou perigo concreto de lesão ao bem, não existe crime. Incumbe, assim, ao Juiz, em virtude do princípio da ofensividade, verificar o conteúdo da norma, o bem jurídico protegido pela referida norma e se este bem foi concretamente afetado. Atente-se ao fato de que não é qualquer resultado jurídico que justifica a intervenção penal, mas é necessária a afetação de bens jurídicos de terceiros.

Sobre a idéia de revalorização do bem jurídico, Bernardo Sanchez²⁰⁷ explicita:

Nesta linha, a sanção de uma conduta a realizar algo que, simplesmente, é estatisticamente perigoso, mas que, no caso concreto, não supõe uma organização defeituosa para outro ângulo de organização, apenas pode canalizar-se através do direito administrativo. Ou seja, quando se trata somente de manter a vigência formal de normas as quais, estatisticamente, se comprovam que são úteis para a prevenção de lesões de bens jurídicos, não cabe intervir com penas. A periculosidade estatística representa, sem dúvida, uma fundamentação suficiente para criar normas que desvalorem este tipo de condutas, mas não serve para fundamentar o direito penal com penas frente aos cidadãos concretos. O injusto penal tem que ir mais além da mera desobediência administrativa e implicar um *plus* que justifique a pena.

Portanto, com o advento do método da ponderação a complementar a subsunção, o Direito Penal torna-se mais complexo, mas ganha razoabilidade,

²⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **El derecho, la ley y el juez**: dos estudios. Madrid: Civitas, 1997. p. 48.

²⁰⁷ SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Sobre a administrativização do direito penal na sociedade de risco: notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, n. 07, maio-agosto de 2011. p. 23-61.

equilíbrio e proporcionalidade, elevando-se o valor meta do Estado Constitucional e Democrático de Direito: a justiça.

6 CONCLUSÃO

O Direito Penal é um importante instrumento do sistema de controle social, sendo um dos principais meios do Estado para a proteção de bens jurídicos, de modo a realizar o controle normativo por meio de normas destinadas a promover a pacificação social e a sobrevivência humana na vida em sociedade.

A enorme importância do Direito Penal se deve também por sua atuação mais coercitiva e pelo seu papel fundamental na defesa dos interesses sociais. A função do Direito Penal é inequivocadamente a proteção dos bens jurídicos essenciais aos cidadãos individualmente e coletivamente considerados, sendo sua orientação necessariamente no sentido de prevenção de ofensa a esses bens jurídicos.

Diante da sociedade de risco, levando em conta o notório surgimento dos direitos de terceira geração ou supraindividuais, é necessária a atualização das categorias do delito. A grande questão é se a reconstrução para perfilamento com os tempos atuais deve se dar com a flexibilização das regras de imputação ou antecipação da tutela penal. A sociedade é dinâmica por natureza, mas será que o Direito deve acompanhá-la através de seu ramo de maior intervenção ou mesmo da maneira que tem sido feita?

É inegável a contínua necessidade de aprofundamento científico sobre a questão da expansão do Direito Penal. Porém, não se defende a renúncia do sistema garantista do Direito Penal Clássico, de suma importância a liberdade humana e que atua como um freio à intervenção estatal. O modelo formal de Estado garantidor deve se compatibilizar com as atuais necessidades de imputação, de forma que a proteção dos bens jurídicos coletivos e a manutenção de um sistema de intervenção punitiva baseado no princípio da legalidade e da proteção dos direitos fundamentais devem se harmonizar.

O princípio da intervenção mínima deve ser exaltado, visando a não vinculação do Direito Penal a um discurso promocional e utópico. É inadmissível que o Direito Penal tenha um caráter puramente simbólico, como produto do aparato estatal como fácil recurso para a resolução de problemas sociais e hábil instrumento de pacificação social.

O objetivo do trabalho é promover e legitimar a destinação da tutela penal para bens de notória relevância, sendo que outros ramos do Direito, em especial o Administrativo, é capaz de coibir ofensas a alguns relevantes bens jurídicos, sem a utilização, muitas vezes desnecessária e ineficiente, do fragmentário e subsidiário Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los danos cumulativos. **Revista Eletronica de Ciência Penal y Criminologia**, n. 04-08, 2002.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello. O direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 7, n. 25, jan./mar. de 1999.

BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. Tradução Ana Lúcia Sabadell. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, nº 5. 1994.

BATISTA, Nilo *et al.* **Direito penal brasileiro** – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. V. 1.

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

BECHARA, Ana Elisa. **Direito penal econômico**: questões atuais. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BECK, Ulrich. **A reinvenção da política**: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: Guiddens, Anthony; Beck, Ulrich & Lash, Scott. *Modernizacao reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BENEDETTI, Carla Rahal; BARRILARI, Claudia Cristina. Criminal compliance previne responsabilidade penal. **Revista Consultor Jurídico**, 17 de julho de 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

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

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Control social y sistema penal**. Barcelona: PPU, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal espanol**. Parte general. Barcelona: Ariel, 1984.

CAMARGO, Antônio Luis Chaves. **Sistema de penas**: dogmática jurídico-penal e política criminal. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 54, v. 353, p. 15, março de 1965.

CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei nº 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de <<bem jurídico>>**. In: **Ciclos de estudos de direito penal económico**. 1 ed. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.

COSTA, Gisela França da. Bem jurídico penal e estado democrático de direito. **Revista Eletrônica Novo Enfoque**, 2007, v. 04, n. 04.

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

D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Org.). **Direito penal secundário**. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora - Revista dos Tribunais, 2006.

DANTAS, Antônio Leones. **Intervenção no Seminário Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente e de Consumo**, organizado pelo Centro de Estudos Ambientais e de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça – CEJ, em Guimarães, nos dias 20 a 23 de Junho de 1994 (siddamb.apambiente.pt).

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal e estado de direito material. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1982. v. 3.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. **Problemática geral das infrações contra a economia nacional**. In: Instituto de Direito Penal Econômico e

Europeu – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. **Direito penal econômico e europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998, v. I.

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

Estudos e Pesquisas em Direito Empresarial na Contemporaneidade, II, Organização: Jean Carlos Fernandes; Autores: Jason Soares de Albergaria Neto; Espíndola, Amanda Vilarino; José Barcelos de Souza; Luciano Santos Lopes; Luiz Fernando da Silveira Gomes – Belo Horizonte: RTM, 2012.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Norma Penais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer *et. al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (Coord.). **Direito penal econômico**: questões atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **El derecho, la ley y el juez**: dos estudios. Madrid: Civitas, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito 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.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. Tradução da 2. parte Lauren Paoletti Stefanini; revisão da tradução Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal**. Actualidade Penal. Madrid, n. 43/22 de 1993.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução Regina Grev. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. **História das idéias penais na Alemanha do pós guerra**. Tradução Carlos Eduardo Vasconcelos. In: **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução Pablo Rodrigo Auflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 08, p. 49, out. 1994.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma política criminal. **RBCCrim**, São Paulo: RT, ano 2, n. 8.

HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma política criminal**. Três temas de direito penal. Porto Alegre; FESMP, 1993.

HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto em el derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. **De largo aliento**: el concepto de bien jurídico. In: La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Marid: Marcial Pons, 2007.

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal Del ciudadano y Derecho Penal del enemigo**. Tradução Manuel Cancio Meliá. JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. V. I.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

LOPES, Luciano Santos. **As tradicionais teorias fundamentadoras da pena e as novas construções legitimadoras da reação criminal**: a formação do conceito de justiça penal. In: FERNANDES, Jean Carlos; NASSIF, Gustavo Costa (Coord.). **Tópicos especiais de direito público e privado**; direito, democracia e cidadania. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES, Luciano Santos. Conceito de Direito Penal Econômico e sua pretensa autonomia. **Artigo publicado no caderno Direito e Justiça do jornal Estado de Minas**. Edição 04 de julho de 2011.

LOPES, Luciano Santos. **Injusto penal**: a relação entre o tipo e a ilicitude. Belo Horizonte; Arraes, 2012.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987.

MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARTÍNÉZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal econômico**. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MENDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Univerddad Complutense, 1993.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. Traducion de la segunda edicion alemana (1933) y notas de derecho español por José Arturo Rodriguez Muñoz. Tercera edicion, adicionada y puesta al dia por Antonio Quintano Ripollés. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MONTE, Mario Ferreira. **O futuro tem direito penal? Tem futuro o Direito Penal?** In: FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal** – panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios. **Anuario de derecho penal e ciencias penales**. Madrid, n. 3, Tomo 37, fascículo 3, p. 677-691, sepbre/ dicbre de 1984.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Cuestiones dogmáticas básicas em los delitos económicos. **Revista Penal**. Barcelona, año 1, n. 1, p. 67-76, ene. de 1998.

NUVOLONE, Pietro. **Norme penali e principi costituzionali**. Imprenta: Milano, A. Giuffre, 1957.

OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. A expansão penal e o direito de intervenção. **Artigo publicado nos anais do conpedi**, ano 8, n.16, 1º semestre de 2006.

PALAZZO, C Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1989.

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

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral: arts. 1º a 120. V. 1. 5 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal** – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. V. I.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

RIGHI, Esteban. **Derecho penal econômico comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

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

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Sobre a administrativização do direito penal na sociedade de risco: notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, n. 07, maio-agosto de 2011.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Tradução da 2. ed. espanhola Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal em lãs sociedades posindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomao. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação**. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: RT, 1999.

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

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.

SIMMEL, Georg. **O dinheiro na cultura moderna (1896)**. In: SOUZA, Jesse de; OELZE, Berthold (Orgs.). **Simmel e a modernidade**. Brasília: UnB, s/d.

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

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Estudos de direito econômico**. Vol. 1. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1995.

STRECK, Lenio Luiz; COPPETI, André. **O direito penal e os influxos legislativos pós-Constituição de 1988**: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição? Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS-RS. São Leopoldo, 2003.

SUTHERLAND, Edwin H. **Il crimine dei colletti Bianchi**. Tradução Gabrío Forti. Milano: Giuffrè. 1987.

TAVARES, Juarez. **O futuro do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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

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

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

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

VIEIRA, Luiz Vicente. **A Democracia em Rousseau**: a recusa dos pressupostos liberais. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1982.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11 edición. 4 edición castellana con traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1997.

WELZEL, Der **Verbolsirrtum im Nebenstrafrech**i. JZ, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZINI, Júlio César Faria. **Apontamentos sobre o direito penal econômico e suas especificidades**. Ver. Faculdade Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 60, p. 147 a 207, jan./jun. 2012.

ZIPF, Heinz. **Introducción a la política criminal**. Madri: Edersa, 1979.