

A TUTELA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

THE PROTECTION OF ECONOMIC CRIMINAL LAW: A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Renata da Silva Athayde Barbosa¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Globalização: um novo paradigma para o Direito penal contemporâneo. 3. As conotações do Direito Penal: reflexos da diversidade de objetos. 4. O Bem jurídico tutelado 4.1 Da perspectiva penal-econômica. 4.2 Da perspectiva Constitucional. 5. A tutela constitucional e o Direito Penal Econômico. 6. Conclusão

RESUMO:

A presente obra visa a romper com aparente distância entre a matéria constitucional e o Direito Penal Econômico, aproximando-os sob a perspectiva de uma relação simultânea de fundamentação e de limitação. A relevância do tema se dá não só em virtude de sua atualidade, como também controvérsia acerca da real necessidade de proteção penal sobre a matéria econômica. Partindo da análise do Direito Penal Econômico sob a perspectiva da globalização e as novas demandas por ela trazidas, trataremos desse novo ramo e suas particularidades frente ao Direito Penal Clássico, chegando, enfim, ao ponto maior de aproximação entre a matéria penal econômica e a Constituição, a tutela penal do bem jurídico. Por fim, apresentamos o panorama da relação entre proteção constitucional ao bem jurídico penal e a atuação do legislador ordinário.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Penal econômico. Bem jurídico. Constituição.

ABSTRACT

¹ Mestranda em Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense.

This work aims to break the apparent distance between constitutional matters and Economic Criminal Law, approaching them from the perspective of a simultaneous relationship of justification and limitation. The relevance of the theme occurs not only because of its relevance, but also in reason of the controversy about the real need for criminal protection on economic matters. Based on the analysis of the Economic Criminal Law from the perspective of globalization and new demands brought by it, we will treat this new branch and its peculiarities facing the Classic Criminal Law, coming finally to the point of greater rapprochement between the economic criminal matters and Constitution, the tutelage of the legal criminal. Finally, we present an overview of the relationship between constitutional protection in relation to the legal interest and criminal action of ordinary legislator.

KEY WORDS: Economic Criminal Law. Legal interest. Constitution.

1. Introdução

São inúmeros e complexos os fatores que provocaram a mudança na perspectiva da tutela penal desde Beccaria até os dias de hoje. Apoiado nas premissas do contrato social o iluminista italiano entendia que a intervenção do Direito Penal deveria acontecer apenas na medida mínima necessária à proteção dos valores sociais mais relevantes (MAGALHÃES, 2011, p. 212). Tal concepção foi denominada Direito Penal Liberal e deve ser contextualizada histórica e socialmente, para uma melhor compreensão (BATISTA, 2007, p. 34).

Ocorre que o Direito Penal contemporâneo, em seu papel de protagonista, tem sob sua responsabilidade a tutela de novos valores e interesses jurídicos correntes na contemporaneidade, dentre eles os titularizados pela coletividade em cuja vertente econômico-social está o Direito Penal Econômico.

A relevância desse estudo reside na aproximação entre as esferas constitucional e penal econômica, revisitando questões indispensáveis a discussão da

disciplina penal, como a nova abordagem concedia à matéria, bem como a clássica visão assecuratória do bem jurídico.

2.Globalização: um novo paradigma para o Direito penal contemporâneo

Do mesmo modo que a concepção acerca da essência da tutela do Direito Penal foi modificada, também o foi a visão relativa aos direitos fundamentais como esferas impenetráveis de autonomia individual. Em consequência, a liberdade contida nos direitos fundamentais não corresponderia a uma emancipação anárquica, mas sim a autorresponsabilidade na atuação econômica e social (ANDRADE, 2009 apud MAGALHÃES, 2011, p. 203).

No direito brasileiro, apesar do acolhimento do princípio da intervenção mínima, mesmo os críticos do sistema punitivo do Estado têm capitulado à legitimidade da tutela penal frente aos valores da ordem econômica².

Uma das razões para tal compreensão é que o modelo de Direito Penal liberal era adequado ao Estado liberal, que não existe mais, devendo haver um novo equilíbrio na relação, haja vista que os Estados têm sido cada vez mais chamados a intervir positivamente na regulação da vida em sociedade, como forma de frear os efeitos indesejáveis da globalização e assegurar o convívio dos cidadãos.

Nesse ponto, destaca-se a contradição decorrente da tentativa de harmonizar o Direito Penal Mínimo com o Estado máximo³. A razão mais imediata para tal seria a insegurança em relação à percepção de benefícios provenientes direta ou indiretamente do Estado faz com que se promova a instrumentalização do Direito Penal a fim de garanti-los.

² BATISTA, op. cit., p. 37.

³ STRECK, Lênio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

Modernamente tendemos a encerrar o debate clássico sobre o Direito Penal e visitá-lo como um instrumento de proteção do cidadão, o que se traduziria num alargamento do âmbito de proteção penal. Para Silva Sánchez (2002, p. 21) seriam indícios dessa tendência a expansão a criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de risco jurídico-penalmente relevantes, surgimento de novos tipos penais e agravamento dos já existentes, entre outros.

Não se pode olvidar, por outro lado, que uma das consequências desse processo é a eliminação de condutas delitivas, que perderam sua razão de ser, o que, no entanto, se dá de forma quase insignificante se comparado ao movimento inverso.

Um fator determinante à expansão, particularmente em relação ao Direito Penal Económico, é o surgimento de novos bens jurídicos e o aumento de valor que alguns deles já tinham. Isso se deve, respectivamente, ao aparecimento de realidades outrora inexistentes e à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, o que conduz ao destaque de aspectos antes irrelevantes⁴.

Podemos exemplificar o primeiro caso com a criminalidade financeira, o uso de informação privilegiada nos crimes contra o sistema financeiro ou fraude piramidal, cujas consequências podem ser avassaladoras, como no caso Madoff, e o segundo caso, com a questão da sonegação previdenciária, que passou a se destacar em decorrência de fatores como o aumento da expectativa de vida da população mundial e a possível crise previdenciária.

Além desses fatores, a industrialização trouxe um incremento na criação de riscos, que refletiu primeiramente na responsabilidade civil, dando origem à Teoria do Risco e, mais recentemente, na sociedade pós-industrial, onde se passou a perspectiva, consoante Ulrich Beck (1993, apud SÁNCHEZ, 2002, p. 29), de uma “sociedade de riscos”⁵, cujas características principais são o avanço tecnológico e o domínio económico

⁴ Ibidem, p. 27.

⁵ BECK, 1993, apud SÁNCHEZ, 2002, p. 29

instável. Tais particularidades podem ser percebidas no maior potencial lesivo dos aparatos da delinquência dolosa tradicional, na criminalidade associada a internet.

A visão de sociedade de risco introduz um fator de incerteza na vida social, contribuindo para sua caracterização como uma sociedade de insegurança. São duas as dimensões da insegurança: uma remete a esfera da impossibilidade de neutralização dos novos riscos, admitindo-se somente a distribuição dos mesmos; a seguinte trata da interdependência dos indivíduos, que se manifesta na necessidade de condutas positivas de terceiros para assegurar a indenidade do bem de determinado sujeito, fazendo com que “o ‘outro’ se mostre muitas vezes, precisamente e, sobretudo, como um risco” (KINDHAUSER, 1992; HITZLER/GOSCHL, 1997 apud SANCHÉZ, 2002, p. 32). Esta última dimensão é bastante perceptível no que se refere aos crimes contra a ordem tributária.

Tendo em conta que, ao não pagar o tributo ou contribuição, ou não fazê-lo na medida certa, o sujeito ativo do crime contra a ordem tributária estaria deixando de contribuir para a receita tributária que dá o apoio econômico necessário à realização de atividades destinadas a atender a necessidades sociais, em última análise, quem o faz estaria lesionando potencialmente cada membro da sociedade que poderia ser beneficiada.

Um dos reflexos da institucionalização da insegurança é que a vivência subjetiva dos riscos é superior a existência objetiva dos mesmos (HERZOG, 1990 apud SANCHÉZ, 2002, p. 37), tornando mais fácil a invasão do espaço democrático ao propagar a vitimização. O fenômeno geral de identificação social com a vítima do delito, mais do que com o autor, produz uma alteração na concepção do Direito Penal, que de Magna Carta do delinqüente, passa a ser a Magna Carta da vítima⁶.

⁶SILVA SANCHÉZ, op. cit., p. 51.

O fenômeno geral de identificação social com a vítima do delito, mais do que com o autor, produz uma alteração na concepção do Direito Penal, que de Magna Carta do delinqüente, passa a ser a Magna Carta da vítima.

A nova política expansionista acolhe, então, uma reação contra a criminalidade dos poderosos⁷. A razão para esse fenômeno é que a tutela penal da ordem econômica e financeira era necessária ao modelo de Estado do Bem-Estar Social e, aliada ao desenvolvimento da atividade financeira e da intervenção estatal, originou o fenômeno da criminalidade econômica.

Nesse contexto, o Direito Penal econômico herda as duas últimas características mencionadas. Primeiramente se insere na vitimização da sociedade devido aos danos que causa, com grandes efeitos colaterais econômicos e sociais, em regra. Além disso, tende a ser praticado por sujeitos de características afins, buscando a maior rentabilidade possível, tais como grandes investidores, conglomerados financeiros, empresários. Na contra mão da repercussão social e da danosidade dessa espécie de crime, temos um número reduzido de infrações apuradas.

Não obstante todas as manifestações que conduzem a expansão do Direito Penal, existiria, ainda, a possibilidade de que fossem solucionadas através de mecanismos não jurídicos ou não penais. Contudo, tais opções ou não existem, ou são insuficientes ou estão desprestigiadas⁸.

É a aspiração à eficácia na obtenção de segurança que conduz à aversão a elementos característicos do Direito Penal Clássico: o trato com valores e a articulação do trato com valores por meio de procedimentos formais, em busca de uma solução real para os problemas⁹.

⁷ Nas investigações da Escola de Chicago, Edward Sutherland atribuiu aos comportamentos criminosos característicos das classes mais abastadas a denominação sugestiva de crimes de colarinho-branco, cujas condutas tradicionalmente escapam a lógica do Direito Penal.

⁸ SILVA SANCHEZ, op. cit., p. 58.

⁹ SILVA SANCHEZ, op.cit., p. 69.

Assim, na contramão da expansão, surge uma demanda pela redução ou erradicação dos efeitos prejudiciais do Direito Penal.

3. As conotações do Direito Penal: reflexos da diversidade de objetos

Os aspectos assinalados são impulsionados pela globalização econômica e pela integração supranacional. Isso significa que tais fatores funcionam como catalisadores de uma tendência que já se apresenta nos ordenamentos jurídicos nacionais, qual seja “uma demolição do edifício conceitual da teoria do delito, assim como o do constituído pelas garantias formais e materiais do Direito Penal”¹⁰.

O Direito Penal da globalização tende a acentuar a luta contra a criminalidade econômica, a criminalidade organizada e a corrupção. Especificamente em relação à primeira, considerada em sentido amplo, isso significa que a reflexão dos penalistas, pela primeira vez, deve assentar-se sobre delitos diversos do paradigma clássico, ou seja, crimes dos poderosos, sem regulação legal e dogmática suficientes.

Contudo, é de se ressaltar que esse novo modelo não atinge todo o Direito Penal. Deste modo, Sánchez apresenta duas alternativas: ou se acomete uma setorialização das regras da parte geral de Direito Penal, ou se assume que, devido a força atrativa da nova criminalidade, também as modalidades clássicas de delinquência devem refletir a modificação.¹¹

A razão para a opção pelo primeiro modelo, como será demonstrado ao longo deste trabalho, se baseia na distinção com que são tratados os crimes abrangidos originariamente pelo Direito Penal clássico e os crimes que constituem o objeto central do Direito Penal contemporâneo. Os delitos diferem quanto às penas, quanto às regras de imputação, quanto aos bens jurídico-penais tutelados.

O Direito Penal econômico não se refere a um Direito Penal distinto, mas a um Direito Penal cujo objeto protegido tem uma natureza peculiar, com a qual não se

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 75

¹¹ Ibidem, p. 84.

preocupava, *a priori*, o Direito Penal clássico. Desse modo, em princípio o Direito Penal econômico é regido e processado pelos mesmos princípios do Direito penal comum.

Todavia, deve se ter em conta que esta família delitiva oferece determinadas características que permitem individualizá-la. Esse tipo de delinquência gera efeitos criminológicos imateriais, que são potencialmente mais danosos, embora não sejam violentos como os, em regra, conhecidos pelo Direito Penal clássico. Para Cinthia Rodrigues Menescal Palhares (2011, p. 154) a criminalização dos delitos econômicos suscita questões peculiares com referência aos princípios constitucionais penais na própria estruturação dos tipos penais incriminadores.

Com a ampliação pelo legislador de seu âmbito de atuação, o que antes só exigiria algumas variações ou correções nos institutos penais tradicionais, afastou-se progressivamente do que, na História, constituía a núcleo do Direito Penal, resultando numa situação de tensão ao tentar-se projetar sobre os novos delitos econômicos os princípios gerais dos delitos tradicionais.

Conforme já assinalado, uma das características da expansão é o incremento e a criação de novos tipos penais. Consoante Buján-Pérez (2007, p. 76), no que se refere a esta, são três os instrumentos técnicos que representam o Direito Penal moderno, quais sejam: a tutela de bens jurídicos universais, o recurso a técnica dos delitos de perigo abstrato e a construção de delitos sem vítima ou com vítimas indefinidas.

Em oposição a essa construção está a Escola de Frankfurt¹², que critica, apoiada na premissa de que o bem jurídico-penal é meramente individualista, a extensão do objeto do Direito Penal. Tais doutrinadores se valem do argumento de que a ampliação supõe o sacrifício de garantias essenciais do Estado de Direito, assim, para evitar esse processo, o

¹² A Escola tem como principais militantes Hassemer, Herzog, Luderksen, entre outros doutrinadores alemães. Sua crítica relativa a expansão do Direito Penal toma como modelo a proteção do Direito Penal clássico, principalmente do que se refere a pertinência de seu objeto. Dessa forma, a reação a expansão trata desta como ilegítima, já que ao abranger novos objetos, o Direito Penal estaria sendo utilizado para resolver questões sociais, de forma simbólica. Cf RAPOSO, Guilherme Guedes. Bem jurídico tutelado e direito penal econômico. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Coord.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Ideal, 2011. P. 270.

Direito Penal tradicional deveria reduzir seu objeto ao que Hassemer chama de “Direito Penal nuclear” (1992, p. 383 apud PEREZ, 2007, p. 77). Como argumento de combate às idéias de Frankfurt tem-se que, adotando a referida visão, corre-se o risco de converter o Direito Penal em disciplina funcionalista acabando por sintetizar peculiaridades e incorrendo em simplificações¹³.

O Direito Penal não pode ser baseado num pensamento individualista e tutelar exclusivamente ataques que atentem contra bens jurídicos de natureza estritamente individuais. As razões para essa assertiva são diversas e vão desde o modelo de Estado dominante, passando pelo contexto da globalização até a questão classista. Contudo, é mister ressaltar que a tendência apresentada não significa uma criminalização descontrolada, tendo em vista que a questão do bem jurídico vem exatamente legitimar o que merece ou não esse tipo de intervenção.

Se, por um lado, é possível que os delitos econômicos tenham em conta a mesma estrutura dos delitos clássicos, por outro, não se pode aplicá-las acriticamente e sem modificações. É necessário acomodar nos tradicionais princípios de imputação as características dos novos delitos referentes a questões como causalidade e resultado, dolo, responsabilidade penal das empresas.

O Direito Penal liberal foi construído sob a égide do conceito liberal de propriedade, de modo que ela era o ponto essencial para a luta contra a lesividade social, cujo meio principal era o Direito Penal. Porém, a visão retratada deixou escapar o controle penal sobre a aquisição e o uso da propriedade. É dessa premissa que parte a nova criminalização, de que o Direito Penal deve também atuar no uso da propriedade privada, com vistas à otimização dos benefícios do sistema econômico (SCHÜNEMANN, 2002, p. 21).

Nesse sentido, a Escola de Frankfurt entende que essa pretensão esbarra na aplicação simbólica do Direito Penal, numa tentativa inócua de, através deste, resolver

¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit., p 74

problemas sociais. Uma de suas principais críticas diz respeito à inflação dos bens jurídicos coletivos e aos delitos de perigo abstrato (ALBRECHT, 1988,p. 433 apud SCHÜNEMANN, 2007, p 25).

A crítica aos delitos de perigo abstrato ignora a análise detalhada de estrutura dos bens jurídicos coletivos, que será demonstrada posteriormente, suas condições de dano e seu merecimento de proteção penal, bem como a legitimidade constitucional dessa extensão.

No que se refere a inflação dos bens jurídicos coletivos, Schünemann (2002, p. 27) entende que ainda não houve ainda uma teoria que tenha ido além de considerações gerais e assimile toda complexa matéria. Nesse sentido, o autor adere a Escola de Frankfurt, criticando o legislador por, em caso de dúvida, assumir que o tipo penal é de perigo abstrato para a proteção do bem concreto tangível e não para a proteção do bem jurídico coletivo institucional.

De todo exposto conclui-se que para evitar que o empenho contra uma criminalidade cada vez mais avançada se dê com um Direito Penal alheio à modernização, deve-se adaptá-lo tornando o adequado ao tipo de demanda que lhe é proposta hodiernamente.

4. O Bem jurídico tutelado

Ponto de partida para a análise da dignidade penal, o bem jurídico atua como base empírica e vínculo com a realidade (PRADO, 2004, p.21). A relevância de seu estudo ressalta na medida em que atua como fundamento e limite da tutela penal a valores fundamentais da sociedade, para tanto cabe uma abordagem contextualizada ao Direito Penal econômico, bem como focada na questão constitucional, no modelo de Estado e nos objetivos do instituto.

4.1 Da perspectiva penal-econômica

Algumas distinções são essenciais à compreensão da questão do bem jurídico, pois, com a falta de acordo em relação ao objeto do Direito Penal Econômico, ele se torna um dos elementos diferenciadores mais unânimes e, conseqüentemente, imprescindíveis a matéria.

No que tange a tutela de bens jurídicos coletivos em geral, entende-se que esta não foi trazida pela eminência de uma sociedade de risco, apesar de ter sido reforçada por ela, uma vez que tais interesses coletivos já eram protegidos, por exemplo, nos crimes contra a fé pública e crimes contra a administração da justiça (RAPOSO, 2011, 284). Atualmente, adicionou-se o componente do risco como forma de legitimar a tipificação de comportamentos que afetem bens coletivos e, por vezes, até intangíveis. Pretender diversamente representa minimizar o potencial lesivo de certas condutas e o papel do Direito Penal.

Relativamente ao Direito Penal Econômico, existem delitos que tutelam bens jurídicos individuais protegendo imediatamente algum aspecto da ordem socioeconômica e delitos destinados a proteger bens de natureza supraindividual¹⁴(nesse trabalho também tratada como coletiva), protegendo mediatamente um interesse jurídico mais genérico, vinculado a ordem socioeconômica. Ao se falar em crimes contra a ordem financeira, tributária ou contra o sistema financeiro, resta claro que os institutos visam a proteger o funcionamento da atividade econômica, seja do Estado, seja do indivíduo.

Outra distinção é a que se refere aos bens jurídicos mediatos e imediatos. A vulneração destes por parte do sujeito ativo da conduta se erige como elemento indispensável da parte objetiva de qualquer tipo, se incorporando a ele. Já o bem jurídico mediato não está incorporado ao tipo de modo que o intérprete não relaciona o caso concreto à violação do bem, desempenhando uma função muito mais modesta do Direito Penal¹⁵.

¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit., p. 164

¹⁵ SCHÜNEMANN, op. cit., p. 159-161

Baseando-se na doutrina espanhola, tratar-se-á da problemática da qualificação da ordem econômica como bem jurídico protegido, fazendo, ao fim, a aplicação do modelo para problema proposto pelo trabalho.

Em princípio, poder-se-ia pensar que a ordem econômica é o bem jurídico diretamente protegido, porém algumas considerações devem ser feitas nesse sentido. Mesmo quem o admite como tal entende que isso só seria possível na medida em que a ordem econômica fosse entendida como regulação concreta de um interesse jurídico do Estado, diferente em cada delito particular. Desta consideração depreende-se que, para a adequada compreensão do bem jurídico nos delitos contra a ordem econômica, é necessário diferenciar o bem jurídico mediato, imaterial coletivo institucionalizado, integrado pela ordem econômica geral podendo ser subdividido conforme sua função, do bem jurídico imediato, também geral, que é o interesse diretamente tutelado¹⁶.

De tudo que foi dito anteriormente, infere-se que a ordem econômica não pode ser caracterizada como bem jurídico imediato, mas somente como mediato¹⁷. Desse modo, existem delitos em que facilmente se distingue o bem jurídico mediato do imediato e outros em que essa fronteira é quase diluída. Trataremos apenas da primeira vertente.

Essa distinção é feita originariamente por autores alemães e foi aplicada pela doutrina espanhola aos crimes de perigo abstrato que tutelam bens imateriais. Como os delitos de perigo abstrato não são suficientes para lesionar os bens jurídicos imateriais, uma vez que uma simples conduta individual não basta para tal, sua técnica de tipificação se vale de um bem com função representativa (MONTANÉS, 1994, apud SCHÜNEMANN, 2007, p. 174). Este bem é o que resta lesionado pelo comportamento individual, porém credita-se essa lesividade ao bem imaterial mediatamente protegido.

Para Martínez-Buján Pérez a mesma lógica pode ser aplicada aos delitos econômicos e, citando Rodríguez. Montanés, a projeta, ainda, para os delitos contra a Fazenda Pública, entendendo que, estes protegem mediatamente as estruturas básicas da

¹⁶ Ibidem, p. 174-175.

¹⁷ Ibidem, p. 173.

vida econômica. Deste modo, através de condutas concretas que, ainda que individualmente não provoquem lesão, poderiam chegar a fazê-lo pela repetição.

Por exemplo, o bem jurídico imaterial mediato seria o adequado funcionamento da ordem econômica no relacionado ao âmbito tributário (desempenho as funções dos tributos) e o imediato representativo seria o patrimônio do Erário, atingido pela sonegação. Deste modo, a sonegação individual do sujeito lesiona o bem jurídico diretamente tutelado (imediato), mas o mesmo não ocorre com o mediato, o correto funcionamento da ordem econômica no que se refere às funções tributárias¹⁸.

Essa distinção acerca dos bens jurídicos tem função de conferir legitimidade a intervenção do Direito Penal (e das penas privativas de liberdade) em tais delitos. Tal assertiva é imprescindível para contrapor a crítica de Silva Sánchez (2002, p. 121-130)¹⁹ quanto aos delitos de acumulação. Primeiramente, esses delitos não são considerados delitos de acumulação pela doutrina, além disso, ele adota como bem diretamente protegido o que, para nós, não é nada mais do que o bem mediato, ou seja, o desempenho das funções do tributo. Por conseguinte, o bem jurídico tutelado não é o mediato ou representante, mas o patrimônio da Fazenda Pública, concretizado no que o Erário deixa de arrecadar pela sonegação, sendo esta a lesividade concreta.

Nesse sentido cabe ressaltar, que diferentemente dos bens jurídicos tradicionais, os bens jurídicos modernamente tutelados não são lesionados pela destruição, tão somente, mas também pela afetação. Considerar diferentemente significaria conferir excessiva abstração de modo a impossibilitar sua efetiva lesão (RODRIGUES, 2011, P. 356).

¹⁸ MONTANÉS, 1994, apud MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, P. 175.

¹⁹ O autor critica os delitos de acumulação entendendo que essa concepção viola o princípio da culpabilidade, trata de problemas sistêmicos e não individuais, além de não haver lesão ao bem jurídico atribuível pessoalmente à conduta do sujeito concreto. Ele atribui essa situação ao processo de expansão e repudia sua aplicação para a imposição de penas privativas de liberdade. Cf MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit., p. 177.

De tudo mencionado, pode-se listar algumas características definidoras dos bens jurídicos coletivos. A primeira delas é que sua titularidade é partilhada pelo conjunto da sociedade, que seria mais uma consequência da distinção função que cumprem esses bens, face aos individuais. A indisponibilidade se manifesta na ineficácia jurídico-penal do consentimento com a lesão ou o perigo a que são submetidos tais bens. A indivisibilidade é a impossibilidade fática e numérica de dividir o conjunto em porções de interesses individuais, como nos delitos de consumo²⁰.

Finalmente, conclui-se que, sob uma perspectiva penalista e dogmática, a análise do bem jurídico dos delitos econômicos deve partir do conceito de Direito Penal moderno, levando em conta as qualidades de seu novo objeto, porém sem desconsiderar o tipo de ingerência que o Direito Penal traz a matéria.

4.2 Da perspectiva Constitucional

A tutela constitucional do bem jurídico será aqui vista como fundamento e limite a tutela penal. Fundamento pois, uma vez que a Constituição contém os temas mais relevantes, a tutela constitucional implica a realização de juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e sua relevância par ao desenvolvimento do ser humano (PRADO, 2004, p. 87). Limite, pois uma das funções precípua do bem jurídico-penal é a busca pela limitação do poder de punir do Estado (PASCHOAL, 2003, p. 48).

A presente concepção de bem jurídico deve partir do modelo de Estado adotado, da noção moderna de Estado Democrático e Social de Direito. O Estado de direito é aquele que oriunda do positivismo jurídico, fixando-se numa construção rigorosa da ordem jurídica. A ideia de Estado democrático centraliza-se nos governos com legitimação democrática, sufrágio universal, debate político e assembleias representativas. A adição do conceito de democracia aos princípios fundamentais do Estado de direito gera a participação na eleição dos valores supremos da ordem jurídica. Em sequência, o Estado social passa por um alargamento e um aprofundamento desses

²⁰SCHÜNEMANN, op. cit., p. 188-190.

valores supremos protegidos pelo Estado. A integração deles resulta que o ordenamento jurídico refletirá a coesão entre os requisitos e garantias do Estado de Direito que dão guarida às exigências materiais do Estado social (MORENOS, 2002 apud PRADO, 2003, p. 78).

Com a finalidade de uma intervenção em prol da realização dos direitos distributivos e assistenciais, o reconhecimento de direitos sociais e econômicos pelo constitucionalismo moderno deixa de ser objeto do Direito Administrativo sancionador e passa a ser tutelado pelo Direito Penal, que assume o papel de concretizar os valores constitucionais. Desta forma, a funcionalização do Direito Penal seria concebida com o propósito de dar maior efetividade contra infrações que atentam contra a ordem tributária, meio ambiente, relações de consumo.

Existem algumas condições para a existência comum, como a liberdade, a vida, a propriedade, a elas denominamos bem jurídicos (PRADO, 2003, p. 105). Conforme já mencionado anteriormente, além desses bens, contemporaneamente, há uma necessidade de se assegurar, inclusive através do Direito Penal, o cumprimento de prestações de caráter público de que depende o indivíduo no âmbito da assistência social. Negar-lhe este efeito significaria confrontar o referencial constitucional de bem jurídico.

É consensual a premissa de que os bens jurídicos que merecem tutela penal são os que, em maior ou menor grau, podem ser considerados essenciais para o desenvolvimento do ser humano e seu convívio em sociedade. Se, por um lado, essa tutela não pode ignorar a realidade social em que o valor está inserido, por outro, não se pode olvidar que a Constituição deve consistir no paradigma mínimo para essa tutela.

Nesse sentido, temos, por exemplo, o art. 18, inciso 2º da Constituição portuguesa que assevera que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

Com o propósito de definir o que merece proteção, a lei penal se vale dos princípios penais do ordenamento jurídico, que se encontram, em sua maioria, sob a égide do texto constitucional, explícita ou implicitamente.

Numa concepção democrática, o ponto de partida do Direito Penal é o conceito de pessoa, que será protegido por ele e perante ele. Assim, a caracterização do injusto material advém o relevo dado à liberdade e à dignidade do homem na Constituição, de onde se conclui que a intervenção do Direito Penal, com a restrição de um bem, só deve se dar em razão da indispensável garantia de outro valor de cunho constitucional.

A ordem tributária integra a denominada Constituição Econômica, cujos princípios estão previstos no Título VI (Da tributação e do Orçamento). As regras e postulados lá inseridos orientam a atividade tributária do Estado e proporcionam os recursos necessários ao desenvolvimento da atividade que atende às demandas sociais, através de uma política fiscal. Deste modo, a legitimidade constitucional para a tutela penal está no fato de que os recursos arrecadados visam a assegurar a finalidade inerente ao Estado social e democrático de Direito (PRADO, 2009, p. 265-266)²¹. A lei 8.137/90 atualmente trata a disciplina dos crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, em seguida às leis 4.357/64 e 4.792/65.

A tutela da ordem econômica e financeira está prevista no Título VII da Constituição Federal. Como bem juridicamente tutelado a ordem econômica só pode ser entendida em sentido estrito, pois a simples regulação jurídica das disciplinas não pode ser elemento do injusto. Desse modo, devemos entender a ordem econômica como a intervenção do Estado na economia (PRADO, 2011, p. 41)²². Em alguns casos, a Lei

²¹ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 265-266

²² Ainda, na acepção trazida por Eros Roberto Grau em seu “Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)”, a ordem econômica pode trazer três conotações: a primeira refere-se ao modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a segunda designa um conjunto normativo, qualquer que seja a natureza da norma (jurídica, religiosa ou moral), que respeita a comportamentos econômicos; por fim, a ordem jurídica da economia.

Maior foi ainda mais específica, como no crime de abuso de poder econômico que encontra fundamento direto na própria Constituição, art. 173 §4º.

Quanto a ordem financeira, o Sistema Financeiro Nacional “tem por objetivo gerar e intermediar créditos (e empregos), estimular investimentos, aperfeiçoar mecanismos de financiamento empresarial, garantir a poupança popular e patrimônio dos investidores, compatibilizar crescimento com estabilidade econômica e reduzir desigualdades, assegurando uma boa gestão da política econômico-financeira do Estado, com vistas ao desenvolvimento equilibrado no país”, sendo tutelado no art. 192 da Constituição Federal, Capítulo IV (PRADO, 2004, p. 212) ²³. A lei 7.492/86 regulou a matéria, expandindo o rol de crimes previstos na lei 4.595/64, que criou o Conselho Monetário Nacional.

Embora neste trabalho o foco esteja nos crimes cuja tutela tem previsão constitucional, não se pode olvidar que a legislação infraconstitucional que envolve matéria de Direito Penal econômico abrange crimes de lavagem de capitais, crimes contra o mercado financeiro, contrabando e descaminho etc.

Por fim, conclui-se que a inclusão da ordem tributária no texto constitucional afasta alegações contrárias a sua relevância, de onde extrai-se que, como a Constituição cuida dos aspectos mais relevantes ao Estado, está plenamente justificada a tutela penal relativa ao bem jurídico ordem tributária. A questão que se coloca, então, seria quanto a “suficiência” dessa inclusão para a configuração da dignidade penal do bem jurídico, que será debatida a seguir.

5. A tutela constitucional e o Direito Penal Econômico

Tendo o Direito Penal, em regra, as sanções mais severas da ordem jurídica, sua legitimidade protetiva se estende somente aos valores comunitários mais fundamentais. Em virtude disso, parte da doutrina atual vê na Constituição o fundamento

²³ Vale ressaltar que outros dispositivos versam sobre o sistema financeiro como arts. 22, VII; 43, §2º; 48, II, XIII e XIV; 52, VI, VII e VIII; 70; 163; 164; 165; 172; e 173). PRADO, 2004, p. 153.

ideal para a tutela penal, uma vez que ela seria a reveladora dos valores essenciais ao Estado. Contudo, esse entendimento não é consensual conforme demonstra-se a seguir.

No que se refere à aproximação entre Direito Penal e Constituição, duas correntes se apresentam. A primeira refere-se àqueles que tomam a Constituição como limite negativo ao Direito Penal, isto é, o Estado pode reconhecer condutas como criminosas desde que essas sejam atentatórias a valores fundamentais do Estado, mesmo que não previstos na Constituição e, desde que, com a criminalização não sejam feridos outros princípios constitucionais (PASCHOAL, 2003, p. 55).

Nesse sentido, temos autores que retiram do conceito de Estado democrático e social de direito os valores fundamentais que merecem a tutela penal, de onde decorre, por exemplo, a inadequação da criminalização de intenções, ou de modos de ser. Filiam-se a essa corrente Roxin, Pietro Nuvoione e Figueiredo Dias. (CUNHA, 1995, p.142).

Por outro lado, temos a doutrina que toma Constituição como limite positivo ao Direito Penal. São diversas as teorias que, de modo geral, pugnam pela previsão constitucional como condição essencial à atuação do legislador ordinário no sentido de criminalizar condutas, dentre as quais destacam-se duas (PASCHOAL, 2003, p.59).

A teoria do Direito Penal como potencial espelho da Constituição assevera que todo e qualquer bem ou valor de cunho constitucional pode ser objeto da tutela penal pelo Estado, independentemente de sua natureza ou escala de valor que ocupe na Constituição. Nesse sentido, temos Francesco Angioni, Sérgio Salomão Shecaira e o, outrora citado, art. 18, n. 2, da Constituição Portuguesa. (PASCHOAL,2003, p. 60-62)

Os autores adeptos da teoria do Direito Penal como instrumento de tutela a direitos fundamentais defendem que a previsão constitucional de determinados bens jurídicos não seria suficiente a legitimação da tutela penal, devendo envolver também direitos fundamentais. Nesse sentido, Gómes Pavajeau e Maurício Antonio Ribeiro Lopes. (PASCHOAL, 2003, p. 64).

Filiamo-nos à corrente que entende que o poder criminalizador deve ser mais concretamente delimitado, através dos bens de reflexos constitucionais (CUNHA, 1995, p. 167). De tal concepção mostra-se mais segura, pois da Constituição se extrai a garantia de que somente seriam tutelados penalmente os bens de fundamental relevo para a comunidade.

Em relação às duas teorias que vinculam a legitimidade da tutela penal à Constituição, estamos com Sávio Guimarães Rodrigues (2011, p. 349) quando entende que nem mesmo após a recepção de tais bens na Carta Política do Estado, não há que se falar em imposição criminalizante. Em última instância, a tipificação carecerá sempre da decisão ponderada e fundamentada dos legisladores ordinários, tendo em vista as circunstâncias históricas e sociais do momento que demonstrarão a necessidade de pena.

Para demonstrar essa posição, tomaremos como exemplo um objeto do Direito Penal Econômico, relacionado estritamente ao objeto do trabalho.

A Constituição Federal ao prever em seu art 173, §4º que:

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

É inquestionável a tutela constitucional fornecida ao abuso do poder econômico, no entanto, o que se questiona é se somente essa previsão seria suficiente para justificar uma tutela penal e se o legislador estaria vinculado a fazê-lo. Para essa análise, nos valeremos de dois conceitos utilizados por Maria da Conceição Ferreira da Cunha (1995, p. 141), quais sejam o de dignidade penal e o de danosidade social, que, para justificar uma atuação positiva do legislador devem estar simultaneamente presentes.

O primeiro conceito passa pela proteção constitucional do bem jurídico, o que conferiria a dignidade penal ao bem. A esse primeiro requisito, como percebe-se, o abuso de poder econômico faz jus. A questão é se seria ele suficiente para levar o legislador a criminalizar a conduta. Parece-se nos que a resposta seria negativa, pois, se assim fosse,

poderíamos ser levados a criminalizar uma série de condutas não danosas, pela simples previsão constitucional de determinado bem, não obstante, sejam constitucionalmente dignas de previsão.

Entramos, então, no segundo conceito, o de danosidade. Tendo em vista que o papel fundamental do bem jurídico é protetivo, e não acusatório, a previsão constitucional de certos bens merece uma interpretação nesse sentido, o que levaria a necessidade de outro requisito, qual seja, o de causar algum dano social.

6. Conclusão

1. O contexto da modernidade influenciou a atuação do Direito Penal, concedendo especial destaque à matéria econômica. Eventual questionamento acerca do motivo da intervenção penal nesse âmbito fica resolvido a tendo em conta os prejuízos e a interligação dos crimes envolvendo a disciplina. Novos fatores de risco e uma demanda ainda crescente de atuação Estatal no âmbito de regulação da ordem econômica, levam ao atual panorama.

2. Ambicionando uma adequação a esse quadro recente, o Direito Penal vem sofrendo algumas modificações para a melhor receber cada peculiaridade, o que não significa um novo Direito Penal, pois a matéria referente mormente a tutela de bens individuais, não pode ser tratada da mesma forma que os bens coletivos. Destaque-se a reflexão a ser feita para o recebimento dos institutos próprios do Direito Penal Econômico.

3. O bem jurídico, seja sob o viés penal-econômico, seja sob o viés constitucional tem a tarefa fornecer subsídios para a tutela penal. Dele parte a análise da adequação desta e nele termina, cerceando o avanço do Poder de Punir do Estado. Sobre o primeiro aspecto reside a grande diferença para o Direito Penal Clássico, especificamente sobre o objeto característico dessa proteção, não o patrimônio individual,

mas o coletivo, mediata ou imediatamente. Num segundo aspecto, tem se a previsão constitucional de boa parte da matéria penal econômica.

4. É sobre a parte da matéria penal econômica não prevista no texto constitucional que cabem maiores considerações no que se refere ao bem jurídico penal constitucional e a adequação social. O papel desta última passa a ser o de dar sintonia entre a Constituição e a matéria penal econômica.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 11ª edição, 2007. 176 p.

CUNHA, Maria da Conceição ferreira da. **Constituição e crime – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Editora Coimbra, 1995. 451 p.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2010. 387 p.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim uma proposta de revisão do fetiche individualista. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Coord.). **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Ideal, 2011. 384 p.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Delimitación conceptual del derecho penal econômico; Legitimidad de la intervención penal: Especial referencia a la cuestión Del bien jurídico protegido..In _____. **Derecho penal econômico y de La empresa. Parte General**. 2ª Ed. Valencia: Tirant to Blanch, 2007, p. 71-94; 151-225.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Aspectos políticos das sanções penais econômicas no Direito Brasileiro. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Coord.).

Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Ideal, 2011. 384 p.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. 159 p.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. 120 p.

_____. **Direito Penal Econômico.** 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 400 p.

RAPOSO, Guilherme Guedes. Bem jurídico tutelado e direito penal econômico. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Coord.). **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas.** Brasília: Ideal, 2011. 384 p.

RODRIGUES, Sávio Guimarães. O bem jurídico-penal tributário e a legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Coord.) **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas.** Brasília: Ideal, 2011. 384 p.

SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de La clase baja al derecho penal de La clase alta. In _____. **Temas actuales y permanentes Del Derecho penal después del milênio.** Madri: Tecnos, 2002, p. 13-40.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. 156 p.

STRECK, Lênio Luiz. **O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico.** Disponível em:

<http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.