

# BEM JURÍDICO PENAL SUPRAINDIVIDUAL E A OBRIGATORIEDADE DE REPRESSÃO<sup>1</sup>.

## SUPRAINDIVIDUAL CRIMINAL LEGAL PROPERTY AND MANDATORY REPRESSION

**RUI CARLO DISSENHA**

Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Penal na Universidade Federal do Paraná e na Universidade Positivo, em Curitiba, Paraná. Advogado.

### RESUMO

A noção de bem jurídico é essencial para a garantia da coexistência em um Estado Democrático de Direito, como na forma adotada pelo sistema constitucional brasileiro. Mas o reconhecimento de funções especiais ao Estado a partir do século XX implicou também o reconhecimento de novos bens jurídicos que não são exatamente iguais àqueles para os quais o sistema penal foi programado originalmente, chamados, então, de bens jurídicos supraindividuais. Partindo-se da noção de que existem mandados constitucionais de criminalização para a proteção de certos bens jurídicos, é de se perguntar se também os bens jurídicos supraindividuais de cunho econômico não estariam protegidos por essas determinações. Na medida em que a própria figura do bem jurídico serve a garantir o indivíduo, a resposta parece ser no sentido contrário, identificando a possibilidade, não a obrigação, da criminalização das condutas economicamente lesivas apenas quando necessárias à salvaguarda do próprio indivíduo.

**Palavras-chave:** bem jurídico supraindividual; obrigação de repressão

---

<sup>1</sup> O presente texto foi produzido como resultado dos estudos realizados junto ao grupo de pesquisas **Liberdades Públicas e Direito Econômico**, vinculado à linha de pesquisa *Crime e Mercado*, do curso de Direito da Universidade Positivo.

## ABSTRACT

The notion of juridical interest is essential to ensure the coexistence in a democratic State based on the rule of law, as in the form adopted by the Brazilian constitution. The recognition of special functions to the State in the twentieth century caused the rising of new juridical interests – the so called supraindividual juridical interests – that doesn't have the same characteristics as classical juridical interests. Based on the notion that there are constitutional orders to criminalize certain conducts, mainly those that violate individual interests, the question proposed is whether this obligation to criminalize may also affect supraindividual interests of an economical nature. However, as the notion of juridical interest is designed to protect the citizen by creating limitations to the *ius puniendi*, the answer seems to be negative: there is a possibility, not an obligation, to criminalize conducts that jeopardize economical supraindividual interests. This criminalization would be fair only when those conducts cause risks to individuals and their rights.

**Keywords:** supraindividual juridical interest; obligation to criminalize.

## INTRODUÇÃO

As necessidades do cidadão e a ampliação histórica de seus direitos implicaram, como é notório, o aumento da complexidade e do tamanho do Estado, o que demandou, por sua vez, a necessidade da regulação e da proteção das suas novas funções (como o controle da economia ou a garantia de um meio ambiente equilibrado). Aos poucos essa proteção foi alçada à esfera penal, o que deu origem a um novo plano de proteção: aquele tradicionalmente identificado como o campo do Direito Penal Econômico. De fato, tanto mais complexo quanto se torne o Estado, parece ser inevitável o acolhimento de novos bens jurídicos na esfera protetiva penal<sup>2</sup>.

Todavia, dado que a evolução do Direito Penal se deu com base na proteção de bens jurídicos individuais, a proteção penal desses novos bens jurídicos de ordem supraindividual poderia implicar riscos aos cidadãos. Afinal, o aumento descuidado

---

<sup>2</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002.

do direito de punir do Estado coloca em xeque a noção de Direito Penal de *ultima ratio* e relê os efeitos de uma série de princípios clássicos de limitação do poder punitivo de forma a revisá-los.

Inicia-se, portanto, um impasse. É indiscutível que o sistema penal nacional optou por um Direito Penal excepcionalíssimo. Afinal, sabe-se que o agigantamento da repressão penal é o primeiro passo para a criação de um perigoso Estado de Polícia – que por sua vez é a gênese de um Estado totalitário, o diametral oposto ao Estado Democrático de Direito. Portanto a ampliação do Direito Penal para a proteção de bens supraindividuais pode se tornar um risco substancial aos cidadãos e aos seus direitos e seu reconhecimento como constitucionalmente obrigatório seria um contrassenso. Por outro lado, e na medida em que essas novas funções do Estado são essenciais à garantia do indivíduo (o que é reconhecido inclusive constitucionalmente), uma interpretação possível é a de que o sistema normativo brasileiro teria tornado obrigatória a repressão dos crimes que lesionam essas novas funções do Estado. Essa condição não seria nova, na medida em que grande parte da doutrina reconhece a existência de mandados constitucionais de criminalização no que toca a alguns bens jurídicos – como no caso da tortura ou do racismo.

Assim, o presente trabalho pretende discutir alguns efeitos da ampliação da repressão penal para o campo da proteção de bens jurídicos supraindividuais de ordem econômica, tais como o meio-ambiente, a ordem econômica ou a ordem financeira e se essa atuação criminalizante do legislador penal nesse sentido é constitucionalmente imperativa ou meramente excepcional. Para tanto, inicia-se apontando a noção de bem jurídico e a sua importância para o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito para, em seguida, indicar como esse bem jurídico se conforma às novas funções adotadas pelo Estado, especialmente a partir da sua constituição como Estado social. Segue-se para uma análise da eventual existência de obrigações constitucionais repressivas e, especialmente, se esses mandados de criminalização alcançam a proteção de bens jurídicos supraindividuais ou se permanecem na seara da proteção dos direitos fundamentais. A conclusão a que se chega é no sentido de que, embora seja possível a criminalização dessas condutas de cunho econômico, elas não se revestem de obrigatoriedade, dada a condição de auxiliares à garantia do indivíduo. A garantia do cidadão, aliás, se manifesta muito

mais como consequência de um *ius puniendi* mínimo e limitado, justamente, pelos interesses da cidadania de que gozam os indivíduos.

## 1. Sobre a função e a importância da noção de bem jurídico.

A noção de bem jurídico é entendida atualmente como essencial à atuação do Direito Penal. Como manifestação soberana do Estado, o “*ius puniendi*” é uma característica natural e parcela importante do Direito. Todavia, é notório o risco desse exercício de poder: extremamente efetiva, a repressão penal, necessária em certa monta para a garantia dos bens jurídicos que permitem aos indivíduos perseguirem seus objetivos pessoais, pode-se converter em um instrumento violento de opressão, como testemunha a nossa história. Nesses termos, limites são essenciais e compõem o corolário de um Estado Democrático de Direito.

Por isso, o bem jurídico é um dos instrumentos mais eficientes de que dispõe o Direito Penal no controle do *ius puniendi*. Aliás, a doutrina mais garantista indica que a função do Direito Penal não pode ser outra que não a exclusiva proteção subsidiária de bens jurídicos<sup>3</sup>. Por isso é conveniente que se tracem as linhas gerais segundo as quais essa vinculação se dá para que, sem seguida, se apresentem as suas consequências ao Direito Penal Internacional.

Pode-se definir bem jurídico, embora exista certa divergência conceitual a esse respeito<sup>4</sup>, como as “*circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de um sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema*”<sup>5</sup>. Embora a noção de bem jurídico já fosse conhecida anteriormente<sup>6</sup>, ela ganha especial impulso na doutrina alemã do pós-guerra. Representava, assim, uma postura de reação ao modelo penal nazi-fascista que vigera até então, indicando a impossibilidade do Direito Penal proteger apenas “*convicções políticas ou morais,*

---

<sup>3</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 157.

<sup>4</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 36 e 38.

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p. 56.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p. 55.

*doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos*<sup>7</sup>, o que indica que o Direito Penal deveria resumir sua atuação à proteção dos bens jurídicos pela repressão das lesões ou do risco de lesões a eles eventualmente provocadas, e jamais de meros deveres ou simples regras morais<sup>8</sup>. De fato, nessa mesma linha, e dentre diversas outras limitações ao poder de punir – especialmente no plano primário, ou de construção do próprio sistema legislativo-penal através da criação de tipos – encontra fundamento na doutrina do bem jurídico o impedimento, por exemplo, da punição de “rompimento de tabus” ou de meros atentados contra a moral ou sentimentos pessoais (que podem ficar sujeitos às regras do Direito Administrativo, mas que não se encaixam nos fins do Direito Penal<sup>9</sup>).

É nesse sentido que se reconhecem ao bem jurídico amplas funções limitadoras, pois atua como limite ao poder de punir do Estado, como fundamento teleológico e interpretativo da norma penal, como critério individualizador da pena e, ainda, como critério organizador ou sistemático para uma definição coesa dos crimes na legislação penal. Nas palavras de Luiz Regis PRADO:

Em suma a função limitadora opera uma restrição na tarefa própria do legislador, a função teleológica-sistemática busca reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição e a função individualizadora diz respeito à mesuração da pena/gravidade da lesão ao bem jurídico<sup>10</sup>.

E assim, como limite evidente ao poder de punir, o bem jurídico é fundamento essencial para um Direito Penal liberal<sup>11</sup>, de forma que uma lei penal que não proteja um bem jurídico de alguma lesão ou ameaça de lesão é de se entender como nula<sup>12</sup>.

É bem verdade que a noção de bem jurídico é criticada por parte da doutrina. Em primeiro lugar, trata-se de um conceito sem uma definição clara, pois desde a sua criação, com Birnbaum, ainda no século XIX<sup>13</sup> (a partir da construção original de

---

<sup>7</sup> ROXIN, Claus. **A proteção do bem jurídico como função do Direito Penal**. Segunda edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 12.

<sup>8</sup> DONINI, Massimo. **Il Volto Attuale Dell'Illecito Penale: La democrazia penal tra differenziazione e sussidiarietà**. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 13.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p. 52-53.

<sup>10</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 36 e 42.

<sup>11</sup> ROXIN, Claus. **A proteção do bem jurídico como função do Direito Penal**. Segunda edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 26.

<sup>12</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p. 63.

<sup>13</sup> GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

Feuerbach<sup>14</sup>), a doutrina tenta em vão esclarecer a noção exata de bem jurídico. Em segundo lugar, o surgimento de novos objetos de proteção para o Direito Penal ensejou uma série de dificuldades à noção de bem jurídico, pois, segundo os críticos do conceito, ele não permitiria a adequada proteção das funções recentemente assumidas pelo Estado, tais como a proteção da ordem econômica, da ordem financeira, do meio-ambiente, etc., todas figuras que carecem de materialidade. Assim, uma expansão – dita necessária – do Direito Penal o levaria para campos onde a vinculação à noção de bem jurídico o tornaria inoperacional, pois não daria conta de proteger interesses sociais que seriam lesionados apenas pela desobediência do agente (sem a necessária lesão material), ou que são representados como importantes pelo Direito Penal do risco.

Nesse sentido, Luiz Flávio GOMES e Guilherme Jorge YACOBUCCI<sup>15</sup> resumem as críticas que são feitas ao conceito de bem jurídico: primeiro, a vinculação da repressão penal não deve ser tanto ao dano ao bem jurídico, mas, sim, ao desvalor da conduta, pois o que se deve castigar é a inobservância dos valores da consciência jurídica (Welzel); depois, a repressão penal prescinde do resultado material, já que a lesão ao Direito não depende apenas de uma lesão ao bem jurídico, mas, eventualmente, da execução de um ato, de forma que se deve privilegiar o desvalor da ação sobre a consequência lesiva (Zielinski), o que prejudica a noção de bem jurídico e da sua vinculação à lesão ou ao risco; ainda, o objeto do Direito Penal não pode ser a lesão ou risco de lesão a um bem jurídico, mas, sim, a violação da norma, já que o objetivo do Direito Penal seria a garantia das expectativas sociais normativas (Jakobs) e não a proteção direta dos bens jurídicos; finalmente, também resta prejudicada a noção de bem jurídico porque o conceito de objeto de proteção do Direito Penal muda a partir de um Estado interventor que passa a usar a pena para proteger e fazer funcionar um complexo sistema de funções em vários planos.

Embora sofra diversas críticas, o conceito de bem jurídico ainda se mantém em pé e é reconhecido pela doutrina amplamente majoritária como necessário simplesmente porque é a estrutura que melhor se adapta à evitação de punições de condutas que não causam danos sociais e não põem em risco a segurança jurídica

---

<sup>14</sup> PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26.

<sup>15</sup> GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 71-93.

– tal qual uma simples imoralidade, por exemplo<sup>16</sup>. Afinal, a vinculação a um conceito material de delito permitiu a recuperação de um Direito Penal voltado para o ontológico e vinculado à realidade.

Aliás, mesmo os seus críticos, como JAKOBS, entendem utilidade e necessidade do bem jurídico, mesmo que a título de indicador final da repressão, ou através da compreensão de que a sanção penal deve ser aplicada por conta da lesão do dever determinado pela norma, mas também por conta da lesão ao bem jurídico. Ademais, o conceito de bem jurídico não impede o legislador penal de reconhecer a necessidade de proteger outros objetos, como se percebe pela atual expansão do Direito Penal<sup>17</sup>, pois o papel limitador do bem jurídico é exercido quando em cotejo com os demais princípios penais, como a lesividade, a proporcionalidade, etc<sup>18</sup>. Nas palavras de Luiz Flávio GOMES e Guillermo Jorge YACOBUCCI:

Já não é possível sustentar com segurança que o bem jurídico seja um conceito por si só capaz de limitar o legislador penal em seu labor de política criminal. Todavia, mercê de suas funções teleológicas e interpretativas, permite a valoração da decisão normativa, dando-lhe ou tirando-lhe legitimação<sup>19</sup>.

Em outras palavras, os autores concluem o lógico: embora o conceito de bem jurídico tenha sofrido transformações contundentes, não perdeu sua importância<sup>20</sup>, sobretudo na construção de um Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>16</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Renovar, p. 37.

<sup>17</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 175.

<sup>18</sup> GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 96-97.

<sup>19</sup> GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 97.

<sup>20</sup> GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 98.

## 2. As mudanças na noção de bem jurídico e a importância dos bens jurídicos supra-individuais.

Como se sabe, o desenvolvimento social, a mudança da configuração do Estado e, mais do que isso, o reconhecimento de outras necessidades do indivíduo (aqui, especial atenção se deve dar às noções de direitos humanos e direitos fundamentais) também implicam o surgimento de outros interesses que se podem configurar em bens jurídicos.

Desde o surgimento do Estado Moderno – patriarca do modelo jurídico dos dias atuais – o desenvolvimento social reclama o reconhecimento de novas funções ao Estado. Se no nascimento do Direito Penal contemporâneo pretendeu-se especialmente a proteção penal de direitos tradicionalmente reconhecidos como individuais, tais como a vida, o patrimônio e a liberdade, aos poucos o reconhecimento de que o Estado devia aumentar sua área de atuação em busca do desenvolvimento humano também ensejou uma ampliação daquilo que deveria ser objeto de proteção penal. Afinal, uma ordem econômica (aqui entendida em sentido amplo<sup>21</sup>) bem estruturada e construída dentro de certos limites que garantem o desenvolvimento humano é essencial para que o próprio indivíduo possa realizar suas escolhas pessoais de forma adequada. O mesmo acontece com a garantia de um meio ambiente equilibrado, ou com uma ordem internacional democrática e tranqüila, garantidora de um mínimo de igualdade e paz.

De fato, a história demonstra como o crescimento do Estado social demandou a assunção de funções específicas<sup>22</sup>. Especialmente no início do século XX, quando uma Europa arrasada reclamou por um Estado atuante e deu-lhe novos contornos muito mais intervencionistas. A condição econômica da Alemanha no entre-guerras<sup>23</sup>, sobretudo diante da hiperinflação nacional, obrigou o Estado a

---

<sup>21</sup> Não se ignora a dificuldade conceitual que o termo carrega e que dá ensejo às várias noções de “Direito Penal Econômico”, especialmente nas suas acepções “em sentido amplo” e “em sentido estrito”. Todavia, porque neste texto se trabalha com a noção de bem jurídico supra-individual, opta-se por se referir à ideia de ordem econômica, como interesse a ser protegido pelo Direito Penal, naquela mesma e amplíssima concepção de Direito Penal Econômico dentro da qual se alcança a proteção de todos os bens jurídicos supra-individuais. Sobre essa dificuldade e complexidade da questão, ver, por todos, CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O Controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

<sup>22</sup> SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação**. In *Revista dos Tribunais* n. 775, Maio de 2000, 89º ano (432-448).

<sup>23</sup> HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos: O breve século XX – 1914-1991**. Segunda edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 90 e seguintes.

definitivamente pôr um fim à política liberal do *laissez faire, laissez passer*, pois a regulação da ordem econômica passou a ser uma demanda persuasiva. Já não era mais possível identificar uma economia absolutamente livre, pois a regulação econômica era essencial para a garantia da própria sobrevivência do Estado e, por exemplo, para o controle do desemprego – posição que, como identificou HOBBSAWN, foi fator essencial para o surgimento do nazi-fascismo na Europa central<sup>24</sup>.

Ao mesmo tempo, a constituição de uma ordem tributária saudável e eficiente era denominador essencial do desempenho estatal, pois implicaria tanto a possibilidade de redistribuição adequada de rendas quanto o próprio custeio de um Estado que cresceu substancialmente dadas as demandas sociais. De fato, o processo de educação em larga escala, por exemplo, mas também os subsídios agrícolas que seriam necessários à uma economia internacional cada vez mais dependente e competitiva insistiam em um sistema tanto eficiente quanto possível de arrecadação – isso sem se mencionar a necessidade de investimentos militares que seria a regra em quase todos os países que passaram aliados a qualquer uma das duas potências da Guerra Fria. A preservação desse sistema de alto custo, grande sanha arrecadatória e substancialmente intervencionista, então, passou a ser prioridade e assim se manteria sob diversas formas e nuances, salvo algumas exceções, até os dias de hoje.

É nesse contexto que o texto constitucional acaba por refletir essas demandas.

Um Estado democrático e social de Direito precisa, além de indicar limites mínimos de garantia ao cidadão, reconhecer eficientemente posturas positivas garantidoras das atuações prestacionais essenciais ao assim chamado mínimo existencial. Nesse sentido, saúde, educação, moradia, etc., passam a fazer parte da agenda econômica do Estado e implicam um eficiente sistema bancário, econômico e tributário. O reconhecimento do consumidor como hipossuficiente implica a construção de um sistema normativo identificador de limites mínimos de estabilização das relações de consumo, especialmente com a proteção do consumidor. Certo nível de controle sobre os sistemas financeiro e econômico garante a saúde dos investimentos e do acesso aos recursos que permitem o desenvolvimento econômico e social. A garantia de um meio ambiente equilibrado

---

<sup>24</sup> HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos: O breve século XX – 1914-1991**. Segunda edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 97.

permite o bem estar dos cidadãos e enseja a garantia de que recursos naturais serão explorados de forma mais eficiente e por mais tempo. Sobretudo as demandas arrecadatórias de recursos e a construção de um sistema tributário eficiente são imprescindíveis para que o Estado possa cumprir com tais propostas que vêm constitucionalmente assentadas.

Não é à toa, portanto, que esses interesses, ou funções do Estado, gozam de proteção constitucional. De fato, a Carta Magna nacional indica que tais funções do Estado são merecedoras de especial atenção, dada a menção direta do texto à ordem econômica e financeira (Título VII da Constituição Federal), por exemplo. Além disso, a assunção de diversas outras funções sociais (a ordem social é mencionada também de forma expressa no Título VIII do texto constitucional) implica a necessidade de uma ordem tributária eficiente e justamente distribuída, capaz de permitir a adequada distribuição de recursos pelo Estado. Mesmo o meio ambiente vem mencionado na Constituição Federal brasileira como direito do indivíduo e sob o dever de proteção do Estado.

Sendo tais conceitos também reconhecíveis na condição de bens jurídicos, tudo conforme os conceitos analisados anteriormente, também é certo indicar que não se enquadram na condição de bens jurídicos individuais. De fato, se a essa condição fossem reduzidos, poderiam assumir um caráter de prescindibilidade e ficariam sujeitos ao arbítrio de um ou outro cidadão. A natureza *individual* implica certo grau (maior ou menor, certamente) de disponibilidade que não condiz adequadamente com o modelo funcional adotado constitucionalmente. De fato, esse não é o caso, na medida em que um interesse como o meio ambiente ou a ordem econômica não são redutíveis a uma dimensão meramente individual, mas assumem um cariz social onde seu exercício, pelo indivíduo, deve seguir limites e indicações que correspondem aos interesses presumidos de toda a coletividade.

É nesse ponto em que se pergunta se o Estado deve atuar penalmente para proteger tais interesses. Embora a resposta pareça logicamente positiva, é certo que ela não deixa a questão imune a problemas de diversas ordens, pois o sistema penal, como concebido e aplicado nos dias de hoje, atende a uma lógica evidentemente individual e não coletiva. A vinculação do Direito Penal à noção finalista de busca por um fim, à questão da culpabilidade, e, mais além, à limitação do próprio poder de punir pelos interesses do indivíduo, mormente a sua dignidade e

os seus direitos fundamentais, por exemplo, produzem dificuldades importantes na pretensão de reprimir uma empresa por conta dos danos que a atividade empresarial produza no meio ambiente, por exemplo, ou na necessidade imperiosa que se reconhece em punir a sonegação fiscal com o fito de aumentar a arrecadação.

Tampouco se pode ignorar que o próprio sistema penal aponta no sentido da necessidade de repressão mínima – apenas aquela essencial à salvaguarda de interesses essenciais à coexistência. Nesse contexto, surge a evidente dúvida acerca da efetiva obrigatoriedade repressiva para a proteção daquelas funções do Estado, indicadas constitucionalmente, e que são absolutamente essenciais em um sistema regulado pelo Estado de Direito.

Nesses termos, desenvolve-se um conflito que opõe a necessidade de repressão garantidora dos novos bens jurídicos supraindividuais (sinal da contemporaneidade) e à própria estrutura do Direito Penal como garantidora das liberdades individuais e, especialmente, dos direitos fundamentais, condizente com um Direito Penal dito “clássico”.

Assim, originando-se da incapacidade do Direito Administrativo de evitar lesões graves a esses importantes bens jurídicos, o passo adiante da repressão penal seria inevitável. É nesse contexto que desde a obra de SUTHERLAND<sup>25</sup> se reconhece uma nova espécie de criminalidade que precisa ser reprimida: a criminalidade econômica, ou de “colarinho branco”, capaz de produzir danos substanciais, ainda que imprecisos<sup>26</sup>. Não sem dificuldades, especialmente por conta das pressões políticas contrárias ao reconhecimento dessa espécie de delito, os Estados passaram a reprimir os crimes contra as funções que assumiram no século XX e admitiram que essa espécie de crime é extremamente danosa. Daí o reconhecimento de delitos fiscais, delitos financeiros, delitos econômicos, delitos consumeristas, delitos de mercado, delitos de fronteira, em suma, uma vasta gama de condutas que atingiriam, direta (como bem jurídico principal) ou indiretamente (como bem jurídico subsidiário) a ordem econômica, a ordem financeira, a ordem tributária, as relações de consumo, etc.

---

<sup>25</sup> BAJO FERNANDEZ, Miguel. **Derecho penal económico**: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales. In *Hacia um derecho penal económico europeo*. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, 1995.

<sup>26</sup> SUTHERLAND, Edwin H., **White collar crime**, New York: Holt Rinehart and Winston, 1961.

No plano brasileiro, essa opção pela criminalização das condutas lesivas aos bens jurídicos supraindividuais é clara e não é nova. Embora o sistema constitucional brasileiro indicasse a necessidade de atuação do Estado na economia especialmente a partir do Estado Novo, foi a Lei 1521, de 26 de dezembro de 1951, que reconhecia de forma incontestada, especialmente, a existência de crimes contra a economia popular, embora o Código Penal, de 1940, já punisse uma série de condutas cometidas que tinham como bem jurídico a Administração Pública (e não funções específicas do Estado), mas que causariam dano à ordem econômica, como o contrabando e o descaminho. De lá adiante se verifica uma importante evolução normativa que culmina com o ápice do processo de especialização dessa criminalização, a partir de meados dos anos oitenta: vejam-se, por exemplo, a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7492/86), a Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Ordem Econômica e Relações de Consumo (Lei 8137/90), a Lei de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores (Lei 9613/98), dentre tantas outras que surgem no profícuo processo de produção normativa penal especialmente ativo nos anos noventa.

Em outras palavras, tem se provado evidente a proposta repressiva dos chamados delitos econômicos, o que ampliou substancialmente o número de condutas tipificadas no sistema penal brasileiro. Com apoio na Constituição Federal de 1988, o processo de adensamento normativo no plano penal evidenciou-se ainda mais e se encontra, hoje, estabelecido na forma de um grande emaranhado de leis e normativas gerais que regula, ou tenta regular, a atuação do mercado em sentido amplo.

Pois bem, diante dessa condição, resta perguntar se as opções criminalizadoras do Estado são obrigatórias ou se é possível que se municie especialmente um sistema administrativo de controle e sanção que não passe pela proposta penal. Em outras palavras, convém perguntar se a Constituição Federal, ao regular o mercado e as relações dele decorrentes, demanda e obriga a existência de criminalização de condutas lesivas ou se essa é uma opção que o Estado tem a partir de sua livre escolha e que, portanto, tem cunho eminentemente político.

### 3. Sobre a existência de demandas repressivas obrigatórias: há necessidade de proteção penal das funções do estado?

Embora exista alguma dúvida sobre a existência de mandados constitucionais de repressão<sup>27</sup>, a maioria da doutrina caminha no sentido de reconhecer que o texto constitucional obriga o legislador à criação de crimes para a proteção de alguns bens jurídicos essenciais à coexistência. De fato, a existência e o reconhecimento constitucional de um feixe axiológico importante no sentido da proteção de direitos humanos e da garantia do indivíduo parece obrigar o direcionamento da atuação do Estado na evitação das grandes e graves mazelas humanas. É nesse sentido que a maior parte da doutrina entende obrigatório ao legislador infraconstitucional criminalizar condutas como a escravidão, a tortura e o racismo. Além disso, a própria menção à garantia da vida e do patrimônio, como exemplo de vários interesses mencionados constitucionalmente, implicaria a repressão penal das condutas mais graves contra tais bens. A questão parece bastante óbvia (ainda que pouco explorada da doutrina justamente pelo imediato consenso que se agrega nesse debate) no que toca à proteção dos direitos fundamentais essenciais, como a obrigação de criminalizar a escravidão ou o homicídio, e constituiu uma esmagadora maioria doutrinária que entende pela obrigação de criação desses crimes pelo legislador ordinário<sup>28</sup>.

Essas obrigações repressivas, que estariam reconhecidas pela própria jurisprudência internacional como um “dever de prevenção”, ao menos no plano das violações de direitos humanos<sup>29</sup>, seriam de ordem expressa ou implícita. No primeiro caso, as obrigações repressivas estariam evidenciadas diretamente na Constituição Federal, como acontece com os crimes de racismo, tráfico de drogas e terrorismo. GONÇALVES aponta essas ocorrências na Constituição Federal de 1988<sup>30</sup>: artigo 5º, incisos XLI, XLII, XLIII, XLIV; artigo 7º, inciso X; artigo 225, §3º; artigo 224, §4º; e

---

<sup>27</sup> Veja-se, nesse sentido, PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>28</sup> GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum Editora, 2007, p. 139.

<sup>29</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 62, nov-dez 2006 (09/55), p. 22.

<sup>30</sup> GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum Editora, 2007, p. 158.

artigo 243, parágrafo único. No segundo caso, as obrigações estariam reconhecidas a partir dos princípios adotados pela Constituição e, também e especialmente, de tratados internacionais que fossem assinados e ratificados pelo Estado Brasileiro. Ao menos no que toca à proteção dos direitos humanos<sup>31</sup>, essa obrigação estaria, portanto, evidenciada.

Assim, abandonando a discussão sobre a efetiva existência da obrigatoriedade de repressão, e partindo-se da premissa de que essas obrigações efetivamente existem já historicamente<sup>32</sup>, a dúvida recai sobre a obrigatoriedade de repressão de crimes que violem bens supraindividuais ao lesionarem funções do Estado, essenciais ao cumprimento das determinações constitucionais. Nesse plano o problema adquire uma delicadeza substancialmente maior especialmente porque a questão adentra o campo dos direitos sociais. Afinal, tais direitos não são unanimemente reconhecidos como direitos fundamentais, embora exista consenso sobre a necessidade de sua proteção como direitos humanos. De fato, é notória a inter-relação existente entre direitos humanos individuais-negativos e direitos humanos sociais-prestacionais: aqueles não podem ser exercidos adequadamente sem que se reconheça espaço a estes<sup>33</sup>.

É nesse sentido que o texto constitucional defende de forma clara os direitos sociais e econômicos (veja-se, portanto, o artigo 7º da Constituição), o que implica a necessidade de um sistema efetivo de proteção e garantia desses direitos, posto que suas características prestacionais exigem do Estado a disponibilização dos meios para que os indivíduos possam deles desfrutar. Nesse sentido, o reconhecimento de certas funções ao Estado se torna determinante, tal como, e.g., a garantia de uma ordem econômica adequada e razoavelmente estável. De fato, se o Estado pode garantir a vida e o patrimônio pela simples evitação das lesões, o que dá ensejo à perspectiva negativa desses direitos humanos, o mesmo não ocorre

---

<sup>31</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos**: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 62, nov-dez 2006 (09/55), p. 36.

<sup>32</sup> Segundo alguns autores, não é nova a existência desses mandados de criminalização. GONÇALVES, por exemplo, aponta a Constituição Americana de 1787, brasileira de 1824 e argentina de 1854 como reconhecedoras dessa obrigação ao imporem a necessidade de criminalização da pirataria, da falsificação de moedas e de certas formas de escravidão. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum Editora, 2007, p. 54 e 141 e seguintes.

<sup>33</sup> Veja-se, nesse sentido, referindo-se à obra de ARENDT, LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 152.

com os direitos sociais. Afinal, a garantia da saúde e da educação, por exemplo, demandam altíssimos investimentos pelo Estado, bem como a manutenção de um sistema econômico pujante, capaz de proteger o cidadão pela prestação de serviços ou, pelo menos, através do controle da atuação privada. Apenas a título de evidência: essa atuação estatal custa (e caro), o que implica uma arrecadação eficiente de recursos através do sistema tributário que, assim, precisa ser garantido.

É nesse sentido que a atuação do Estado é instrumental para a garantia de direitos fundamentais e, assim, deve ser obrigatoriamente garantida – o que é um imperativo constitucional. Resta perguntar se o *ius puniendi* estatal tem algum papel nessa equação e se, portanto, é também necessário proteger a prestação de serviços pelo Estado através da repressão penal, como ocorre com a garantia de bens jurídicos individuais.

Segundo se defende, a necessidade de repressão decorreria do papel preventivo geral que a sanção penal representa. A prevenção é reconhecida como objetivo do Direito Penal desde há muito, mas firmou-se como essencial na modernidade, pela necessidade de se reconhecer um caráter utilitarista à repressão penal. Nesse contexto, a pena teria especialmente uma forma negativa, mais antiga, e uma forma positiva, recentemente adotada pela filosofia penal pós-moderna<sup>34</sup>. Na primeira forma, a pena serve como contra-estímulo à conduta criminosa, pois intimida o agente que está prestes ao cometimento do crime. Na forma positiva, a prevenção teria o condão de reforçar a crença no sistema penal pela garantia das expectativas normativas e, assim, de reforçar tanto o Direito Penal como o Estado que aplica a sanção. Em qualquer uma das duas formas, a tipificação de condutas e a repressão penal seriam essenciais para que se conquistasse um efeito dissuasório capaz de evitar lesões aos bens jurídicos<sup>35</sup>.

Ora, se esse efeito é evidente nos direitos individuais relacionados com direitos humanos ditos negativos, no que toca aos bens jurídicos supraindividuais de cunho econômico, e que têm relação direta com os direitos sociais-prestacionais, a questão é menos clara. É por isso que, embora a maior parte da doutrina reconheça a existência de mandados expressos de criminalização (e outra grande parte

---

<sup>34</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Segunda edição. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007, p. 460.

<sup>35</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos**: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 62, nov-dez 2006 (09/55), p. 21.

reconheça tais mandados na forma implícita), esse razoável consenso se esgota no plano da proteção mais ampla dos direitos humanos. Aliás, quando se trata de funções do Estado, o tema sequer é ventilado.

Todavia, isso não quer dizer que o debate não possa ensejar dúvidas substanciais. Afinal, se a Constituição Federal cria obrigações ao Estado brasileiro para que garanta um mínimo de direitos aos seus cidadãos, é certo que exige a distribuição de recursos para tanto e, portanto, demanda uma ordem tributária funcional<sup>36</sup>, bem como um sistema financeiro estável e um sistema econômico razoavelmente previsível. Nesse contexto, é de se perguntar se não seria necessária a criminalização de condutas atentatórias à ordem tributária, à ordem financeira e à ordem econômica para a garantia dos próprios direitos fundamentais antes mencionados. Mais do que isso, pode-se argumentar que a vinculação do Brasil a tratados internacionais que regulam a atividade econômica (veja-se, por exemplo, que o Brasil é signatário do tratado das Convenções de Viena, de Palermo e de Mérida, todas tratando de crimes transnacionais) implicaria a obrigação de criminalização de certas condutas atentatórias a bens jurídicos supraindividuais de cunho econômico.

Embora a resposta positiva a essa indagação pareça lógica e venha de forma simples, a problemática reside especialmente nos riscos desse aumento repressivo. Como é mencionado pela doutrina nacional<sup>37</sup> e internacional<sup>38</sup>, a criminalização de condutas dessa espécie cria problemas nunca antes enfrentados pelo Direito Penal. A delimitação do bem jurídico, especialmente, se constrói sobre terreno pantanoso que não deixa claro quais são os efeitos a se esperar da tipificação de condutas criminosas na espécie. Questões como aquelas determinadas pela aplicação pouco clara do princípio da lesividade ou da criminalidade de bagatela, como se sabe, estão diretamente ligadas à noção de bem jurídico e não são facilmente

---

<sup>36</sup> A intervenção do Estado Dirigente, e com características de manutenção do bem estar social, acabou por demandar que a preocupação com os delitos econômicos se tornasse constante. Conforme aponta SANCHEZ RIOS, “o sistema penal passou a se ocupar destes bens de caráter coletivo. A importância social do sistema financeiro, da ordem tributária, do sistema previdenciário, do meio ambiente, das relações de consumo, entre outras, são considerados fundamentais para a própria realização do indivíduo em sociedade”, em *Reflexões sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação*, publicado na RT-775, de maio de 2000, p. 433.

<sup>37</sup> SANCHEZ RIOS, Rodrigo. **Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação**. In *Revista dos Tribunais* n. 775, Maio de 2000, 89º ano (432-448).

<sup>38</sup> Nesse sentido, ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, e ANDRADE, Manuel da Costa, **Problemática Geral das Infrações contra a Economia Nacional**, em PODVAL, Roberto (organizador), *Temas de Direito Penal Econômico*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

solucionáveis nesse novo campo de atuação do Direito Penal. Para além disso, a própria Teoria do Crime não dá conta perfeitamente das novas formas de criminalidade, como se vê com a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra o meio-ambiente, ou sobre a necessidade dos crimes antecedentes nos crimes de lavagem de bens. Argumentos acerca da tipicidade e da culpabilidade são levantados diante desses quadros e têm representado problemas árdus para a doutrina do Direito Penal que, assim, precisa adotar posicionamentos esquizofrênicos. A jurisprudência, então, embora tenda, como é notório no Brasil, a assumir um cariz repressivo, padece desse mesmo problema e não é comum encontrar uma homogeneidade em questão alguma de crimes econômicos. Isso não é mesmo fácil por conta das próprias características do bem jurídico protegido: embora todos os homicídios sejam reduzíveis a alguma igualdade (na medida em que se protege um bem individual, clássico e evidente, a vida), como se reduzir a um denominador comum todas as espécies de sonegação (que protegem uma instável, amorfa e complexa “ordem tributária”) ou de criminalidade consumerista (que sequer tem de forma perfeitamente definida o que sejam os interesses do consumidor)?

Daí que surgem as críticas ao Direito Penal Econômico, especialmente por conta dos riscos apontados pela Escola de Frankfurt: a banalização da repressão penal pode levar à destruição dos direitos e garantias duramente conquistados na modernidade, pondo em risco o cidadão em favor dos interesses do Estado e de suas funções que, sequer, são claramente reconhecíveis<sup>39</sup>.

Permanece a dúvida acerca dos danos que a criminalidade econômica é capaz de produzir. De fato, se a própria noção de bem jurídico implica a existência do dano, somente as condutas que impliquem dano – ou um risco de dano plausível – podem ser incriminadas. Ademais, essa criminalização deve ser feita no limite do necessário, pois, do contrário, arrisca o próprio Estado de direito. Assim, noções como “ordem econômica”, “ordem financeira”, “meio ambiente”, ou mesmo “direitos humanos”, etc, não servem como substrato ontológico de bem jurídico porque, simplesmente, não existem para além de *conceito*<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Sobre o tema, veja-se: HASSEMER, Winfried: ***Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania e Viejo e Nuevo Derecho Penal***. In HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación em Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 17-38 e 39-77, respectivamente.

<sup>40</sup> Apenas quando têm uma materialidade mínima podem sustentar a criminalização. Nesses termos, não pode existir um crime “contra a ordem econômica”, pois “ordem econômica”, em si, não apresenta qualquer materialidade. A repressão de danos à ordem econômica pode ser, sim, possível,

#### 4. Conclusões: por um limite ao *ius puniendi* e a desobrigação racional-humanista de repressão.

Em primeiro lugar, é essencial apontar que a necessária vinculação entre a criminalização de uma conduta e a lesão a um bem jurídico é essencial. Assim, Juarez TAVARES bem desenha como se dá a vinculação do bem jurídico à necessária noção de Direito Penal mínimo e a um Estado democrático de Direito<sup>41</sup>. O autor aponta que, a partir da definição habermasiana entre valor e norma, o bem jurídico deve ser entendido como valor, pois na condição de norma seria mero dever e, assim, se esgotaria em simples construção formal – o exato problema da colocação da dignidade humana como mera norma moral, conforme levantado por Claus ROXIN na indicação feita há pouco. Entendido como valor, o bem jurídico permite seu posicionamento como finalidade ao Direito Penal e, especificamente, ao injusto, dando-lhe um alcance, agora sim, garantidor e protetor da pessoa humana – a efetiva serventia da ordem jurídica através do seu alcance como delimitador da norma<sup>42</sup>. Nesses termos, o bem jurídico é:

Um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social e nesse sentido pode ser entendido, assim, como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de referência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. Por objeto de referência real se deve entender aqui o pressuposto de lesão ou de perigo de lesão, pelo qual se orienta a formulação do injusto. Não há injusto sem a demonstração de efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico<sup>43</sup>.

Em outras palavras, o bem jurídico liga-se diretamente com a atuação do Direito Penal como limitador do direito de punir exercido pelo Estado e, mais do que isso, com a fundamentação antropocêntrica que se deve reconhecer a esse ramo do Direito. Mesmo porque a mera proteção de bens jurídicos não é capaz de limitar o uso do *ius puniendi*, na medida em que o próprio *ius puniendi* pode dar o alcance que quiser a um bem jurídico que seja visto como mera norma, ao contrário do que

---

desde que vinculada a alguma lesão verificável e materializável, como se dá com o conceito de “cartel”, por exemplo.

<sup>41</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 180.

<sup>42</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 180.

<sup>43</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 179.

explica Juarez TAVARES. Por isso, o Direito Penal precisa ir além, coligando-se aos valores superiores do ordenamento jurídico (que no plano nacional vêm determinados na Constituição): “a dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis e o livre desenvolvimento da humanidade<sup>44</sup>”. Esse é o papel da dignidade da pessoa humana como inspiradora do bem jurídico: no direito interno, está presente nas constituições dos Estados democráticos de Direito; no plano internacional, desvela-se no consenso universal encontrável como valor superior, como a *lingua franca* das relações internacionais.

Mas, repise-se, sempre será necessária a lesão ao bem jurídico. Afinal, em um Estado democrático de Direito, que tem como fundamento a proteção dos direitos humanos, a limitação da atuação estatal repressiva é dada justamente pela necessidade estrita de impedimento às interferências de uns sobre o exercício dos direitos de outros e, mesmo assim, nem sempre através da pena, pois:

A proteção jurídica é direcionada à preservação dos direitos humanos e, por isso, a pena não tem legitimidade independente – ela somente se justifica quando for extremamente necessária. Daí que inexistente um dever absoluto de punir. A punição criminal é unicamente uma contingência de ultima ratio. Deve-se concluir, então, que a noção de bem jurídico não pode ser posta como legitimação da incriminação, mas como sua limitação<sup>45</sup>.

Em suma, ao exigir que exista repressão penal apenas onde também existir uma lesão a algum bem jurídico, o Direito Penal é capaz de impedir que o “*ius puniendi*” se lance contra ideias, posições políticas e manifestações humanas e sociais que em nada lesionam a sociedade. Assim existindo, a noção de bem jurídico é capaz de garantir que a liberdade seja a regra e a repressão a ela, a exceção. É com essa ideia que surge o Direito Penal clássico e é com essa mesma ideia que se constrói o Direito Penal com a configuração que apresenta em nossos dias.

Pois bem, ao tratar de direitos individuais, a proteção penal tem natureza assecuratória do cidadão, pois indica os limites ao próprio Estado que não pode deixar de atuar para proteger tais interesses, essenciais à coexistência. Mas na medida em que as novas funções do Estado, assumidas com o seu crescimento,

---

<sup>44</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: Parte general*. Segunda Edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 44.

<sup>45</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 181.

são destinadas, unicamente, ao bem-estar do cidadão, não se constituem como de *obrigatória* proteção penal, pois são, na verdade, políticas e traços direcionadores à Administração estatal.

Isso não quer dizer que não possam ser protegidas penalmente. Por óbvio que a função instrumental do Direito Penal pode servir à salvaguarda dos interesses individuais através do reconhecimento de que lesões às funções essenciais do Estado, tais como o controle e organização da ordem econômica ou financeira, ou mesmo o meio-ambiente, podem danificar diretamente também os interesses do cidadão. Mas é imperioso que não se perca o Norte essencial: é a garantia do cidadão, como princípio básico, que poderia permitir a intervenção penal nesse tocante. Inexistente esse interesse e utilidade direta ao cidadão, não se há de falar em justificativa para a proteção penal de um bem jurídico – que nesse caso seria, mesmo, inconstitucional porque anti-humanista. Esse raciocínio, portanto, exclui a criminalização de um bem jurídico simplesmente porque interessa apenas ao Estado ou ao governo na medida em que lhe facilita a gestão do que se tende a denominar de *interesse público*.

Mesmo porque, em um sistema repressivo democrático, não se pode deixar de reconhecer a necessidade de repressão de condutas que violam esses novos bens jurídicos<sup>46</sup>. Uma política criminal que se atenha à tradicional repressão dos crimes individuais é reconhecida comumente como uma política criminal seletiva, pois pode se destinar à punição exclusiva das camadas mais pobres da população (aquela que comete com maior frequência, e por motivos óbvios, os crimes contra o patrimônio, eminentemente porque dele não dispõe). Além disso, a repressão dos crimes que põem em risco a ordem econômica e a ordem financeira, *e.g.*, alcança uma parcela da população tradicionalmente incólume à repressão penal, democratizando o *ius puniendi*. Aponta-se, aqui, a criminalidade “de colarinho branco” que, apesar de evidentemente danosa à regulação da economia, não é objeto de uma repressão

---

<sup>46</sup> Assim, BARATTA: BARATTA, Alessandro. **Principi del diritto penale minimo**. *Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*. In BARATTA, Alessandro (a cura di), “*Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*”, *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale* (p. 443-473), anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 469; também, BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Terceira edição. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 203.

efetiva – o que, aliás, foi reconhecido por Sutherland já nas suas pristinas pesquisas<sup>47</sup>.

Todavia, não é certo que se entenda que a repressão penal nessa seara é *obrigatória*. Como se disse, ela pode ser importante, mas não existe obrigação ao Estado de levá-la a cabo se dispuser de outros instrumentos que, eficazmente, garantam essas funções. De fato, é muito mais custoso à máquina estatal a construção de um modelo administrativo – que exige estrutura, pessoal, salários e, portanto, investimento massivo – do que o uso da proposta penal que, afinal, já está pronta. Mas o recurso ao instrumento penal quando ainda não foram esgotadas as outras saídas não-penais viola o princípio de um Direito Penal mínimo e da excepcionalidade que se reconhece à atuação penal. Daí que o Estado precisa, antes de criminalizar, esgotar os instrumentos de cunho administrativo de que disponha, ainda que o investimento para tanto seja substancialmente maior, o que compõe, justamente, o princípio da *ultima ratio*.

O que se reconhece, então, é que a repressão dessas condutas lesionadoras da ordem econômica não é determinada como obrigatória pela adoção de funções ao Estado nacional, como determinadas na Constituição Federal. Pelo contrário, ela se justifica apenas como instrumento de garantia do indivíduo e, assim, não pode ser justificada sempre, mas apenas quando a *garantia do cidadão* dependa dessa criminalização. Mais do que isso, reconhecer a simples necessidade de criminalização de condutas lesivas à ordem econômica poderia produzir uma legitimação do Direito Penal não a partir do indivíduo, mas, sim, do próprio Estado. Isso seria reflexo de um modelo de penalização, para usar-se a expressão de BOBBIO, como lembrada por LAFER, *ex parte principis* e não *ex parte civium*<sup>48</sup>, em evidente violação à proposta antropocêntrica adotada pelo sistema constitucional pátrio.

Embora não seja a proposta deste estudo, um indicativo de justificação para a proteção penal de bens jurídicos supraindividuais parece ser a proteção direta do indivíduo. Se essa proteção puder ser evidenciada, então é conveniente uma criminalização. Caso não seja – ou o seja apenas indiretamente – então é conveniente que o poder público abdique do uso do *ius puniendi* e se esforce de

---

<sup>47</sup> SUTHERLAND, Edwin H., *White collar crime*, New York: Holt Rinehart and Winston, 1961.

<sup>48</sup> LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos**: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. Barueri: Manole, 2005, p. 14.

forma mais substancial no uso dos meios administrativos de que dispõe. Essa proposta é evidentemente antropocêntrica e pode representar um critério humanizador para a proteção penal dessas funções do Estado, limitando a repressão e construindo um Estado substancialmente democrático.

A opção contrária, de repressão generalizada de condutas que põem em risco as funções do Estado, agora transformadas em bens jurídicos supraindividuais a serem penalmente protegidos, implica dificuldades tremendas para o Estado de Direito e põem em risco a própria segurança jurídica de que necessita a ordem econômica para se desenvolver adequadamente<sup>49</sup>. A grosso modo, pode-se dizer que tais dificuldades se desenvolvem em dois grandes planos: no que se refere aos direitos e garantias dos cidadãos; e no que toca à elaboração de políticas públicas penais.

Em um primeiro momento, portanto, essa nova configuração do Direito Penal punitivo das lesões aos bens jurídicos supraindividuais de natureza econômica é determinante de um desequilíbrio das próprias estruturas da teoria jurídico penal. Novos conceitos são criados ao mesmo tempo em que tradicionais limites do *ius puniendi* são inevitavelmente erodidos. A análise da responsabilização penal das pessoas jurídicas, como adotada pelo Direito brasileiro no tocante aos crimes contra o meio ambiente, identifica essa problemática com uma evidência luminar. Mas as novas propostas do Direito Penal também deixam clara essa condição, como se vê, por exemplo, com algumas evidências das novas propostas funcionalistas do Direito Penal e no abraçar a norma como fetiche. Assim, as tradicionais balizas garantidoras dos direitos fundamentais acabam movidas adiante e implicam riscos outrora não imaginados à cidadania.

Mais do que isso, e por conta desse mesmo processo, a dificuldade da temática se reflete na elaboração de políticas públicas no plano penal. O que já se chamou de “esquizofrenia<sup>50</sup>” do sistema penal torna-se palpável na análise da verborrágica produção penal dos dias atuais: ao mesmo tempo em que se produzem leis que buscam a redução da repressão penal, um sem-número de novos institutos repressivos são criados dia após dia e aumentam as possibilidades líquidas de

---

<sup>49</sup> TIEDEMANN, Klaus. **Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad**. Lima: Grijley, 2007, p. 37-38.

<sup>50</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Política Criminal: realidades e ilusões do discurso penal**. Instituto Brasileiro de Política Criminal – publicação *on line*. Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/realidades\\_ilusoes\\_discurso\\_penal.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf)>, visitado em 29/01/2013.

exercício do poder de punir. Em outras palavras: a própria evolução do Direito Penal, na sua tentativa de adaptar-se aos novos modelos sociais, o coloca em xeque e indica que seu movimento é tanto mais desestabilizador (e perigoso) do que a sua própria inércia. Qual caminho seguir?

O que parece claro é que se relacionam duas esferas que não têm uma tranquila convivência: ao passo em que o Direito Penal e sua teoria essencial foi desenhada para a garantia de bens jurídicos individuais, as funções do Estado que correspondem aos bens jurídicos supraindividuais parecem adquirir um caráter programático que sequer precisa de uma substancialidade, pois suas funções assim determinam.

Como consequência, aqueles imperativos constitucionais de proteção penal não podem se aplicar aos bens jurídicos supraindividuais, pois nunca foram desenhados para eles. Isso não implica dizer que não se podem proteger tais bens através do Direito Penal. Isso significa, apenas, que essa proteção é opcional e não obrigatória ao Estado, como poderia ser a proteção penal para bens jurídicos como a vida e o patrimônio.

Por conta disso, tudo parece indicar que a confusão entre os bens jurídicos supraindividuais e os bens jurídicos individuais no que toca à obrigatoriedade de repressão atende muito mais a critérios políticos do que jurídicos. De fato, as funções simbólica e instrumental que se tem reconhecido ao Direito Penal parecem demandar o aumento da criminalização para o campo das funções do Estado. Mas essa tendência tem o iniludível risco de desproteger o cidadão, pelo que deve ser evitada ao máximo ou usada *cum grano salis*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS:

BACIGALUPO, Enrique (dir.). ***Derecho Penal Económico***. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

\_\_\_\_\_. ***Derecho penal: Parte general***. Segunda Edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BAJO, Miguel. BACIGALUPO, Silvina. ***Derecho Penal Económico***. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Terceira edição. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 203.
- \_\_\_\_\_. **Criminologia y Sistema Penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2004;
- \_\_\_\_\_. **Funciones Instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión em la perspectiva de la Criminología Crítica**. In ELBERT, Carlos Alberto (Dir.). *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires/Montevideo: Euros Editores/B de F Ltda, 2004 (p. 57-88).
- \_\_\_\_\_. **Nuevas Reflexiones sobre el Modelo Integrado de las Ciencias Penales, La Política Criminal y el Pacto Social**. In ELBERT, Carlos Alberto (Dir.). *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires/Montevideo: Euros Editores/B de F Ltda, 2004 (p. 168-198).
- \_\_\_\_\_. **Principi del diritto penale minimo**. *Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*. In: BARATTA, Alessandro (a cura di), "Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo", *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, anno III, n. 3 (settembre-dicembre, 1985). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane (p. 443-473).
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O Controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001
- COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de Direito Penal Económico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Editora Revan, 2005.
- DE PAIVA, Luis Guilherme Mendes. **A fábrica de penas**: Racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- \_\_\_\_\_; ANDRADE, Manuel da Costa. **Problemática Geral das Infrações Contra a Economia Nacional**. In PODVAL, Roberto, *Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo: RT, 2000 (p. 64-98).

- \_\_\_\_\_. **Temas Básicos da Doutrina Penal:** sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DONINI, Massimo. ***Il Volto Attuale Dell'Illecito Penale: La democrazia penal tra differenziazione e sussidiarietà.*** Milano: Giuffrè Editore, 2004.
- EISELE, Andreas. **Crimes Contra a Ordem Tributária.** São Paulo: Dialética, 2ed, 2002.
- FERNANDEZ, Miguel Bajo. ***Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales.*** In: *Hacia um derecho penal económico europeo.* Madrid: Boletín Oficial Del Estado, 1995.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, e ANDRADE, Manuel da Costa, **Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional,** em PODVAL, Roberto (organizador), *Temas de Direito Penal Económico,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Direito Penal Económico.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ed, 2007.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988.** Belo Horizonte: Fórum Editora, 2007.
- HASSEMER, Winfried: ***Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania.*** In: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación em Derecho penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 17-38.
- \_\_\_\_\_. ***Viejo e Nuevo Derecho Penal.*** In: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación em Derecho penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 39-77.
- HEFENDEHL, Roland (coord.). ***La Teoría del Bien Jurídico.*** Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HOBBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: O breve século XX – 1914-1991.** Segunda edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

- LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005.
- \_\_\_\_\_. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- MONTE, Elio Lo. **Principios de Derecho Penal Tributário**. Buenos Aires: B de F, 2006.
- MORETZSOHN, Sylvia. **Em nome da 'justiça', contra o direito: os escândalos do jornalismo nas denúncias de pedofilia**. In Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Ano 9, número 14, 1º e 2º semestres de 2004, p. 249-256.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PELARIN, Evandro. **Bem Jurídico – Penal**. Um Debate Sobre a Descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- PÉREZ, Carlos Matrinéz-Buján. **Derecho Penal Económico y de La Empresa: Parte General**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Derecho Penal Económico**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- PONTI, Gialuigi. **Compendio di Criminologia**. Quarta edizione. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1999.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- RAMOS, André de Carvalho. **Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 62, nov-dez 2006, p. 09-55.
- RAUTER, Cristina. **Produção social do negativo: notas introdutórias**. In Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Ano 9, número 14, 1º e 2º semestres de 2004, p. 97-104.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?** In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 7, n. 28, outubro-dezembro de 1999.
- RIOS, Rodrigo Sánchez. **O Crime Fiscal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

- RODRIGUES, Anabela Miranda. **Contributo para a Fundamentação de um Discurso Punitivo em Matéria Penal Fiscal**. In PODVAL, Roberto, Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: RT, 2000, p. 181-191.
- ROXIN, Claus. **A proteção do bem jurídico como função do Direito Penal**. Segunda edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Penal**. Segunda edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação**. In: Revista dos Tribunais n. 775, Maio de 2000, 89º ano, p. 432-448.
- SANTOS, Cláudia Cruz. **O Crime de Colarinho Branco, a (des)igualdade e o Problema dos Modelos de Controlo**. In PODVAL, Roberto, Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: RT, 2000, p. 192-222.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Crime Organizado**. Instituto Brasileiro de Política Criminal – publicação *on line*. Disponível em <[http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/crime\\_organizado.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/crime_organizado.pdf)>, visitado em 29/01/2013.
- \_\_\_\_\_. **Direito Penal: parte geral**. Segunda edição. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Novas Hipóteses de Criminalização**. Instituto Brasileiro de Política Criminal – publicação *on line*. Disponível em <[http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/novas\\_hipotesees\\_criminalizacao.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/novas_hipotesees_criminalizacao.pdf)>, visitado em 29/01/2013.
- \_\_\_\_\_. **Política Criminal: realidades e ilusões do discurso penal**. Instituto Brasileiro de Política Criminal – publicação *on line*. Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/realidades\\_ilusoes\\_discurso\\_penal.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf)>, visitado em 29/01/2013.

- SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002.
- \_\_\_\_\_ (coord.). **Política criminal y nuevo Derecho Penal**. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997.
- SUTHERLAND, Edwin H., **White collar crime**, New York: Holt Rinehart and Winston, 1961.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TIEDEMANN, Klaus. **Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad**. Lima: Grijley, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Torno de la Cuestión Penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2005.
- \_\_\_\_\_; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.