

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PHILIPPE SIQUEIRA DEL CLARO

LIMITES DO DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO GESTOR DO RISCO

CURITIBA

2009

PHILIPPE SIQUEIRA DEL CLARO

LIMITES DO DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO GESTOR DO RISCO

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Penal e Processual Penal como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

PHILIPPE SIQUEIRA DEL CLARO

LIMITES DO DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO GESTOR DO RISCO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de à no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos
Departamento de Direito Penal e Processual Penal

Curitiba, de, de 2009.

Pois, creiam-me! O segredo para colher da vida a maior fecundidade e a maior
fruição é: viver perigosamente!

Nietzsche

RESUMO

Nas sociedades capitalistas ocidentais, o Direito Penal Econômico instrumentaliza a afirmação e a manutenção do capitalismo. Desde sua criação, depois da Primeira Guerra Mundial e da Crise de 1929, esse direito reforça a sanção dos ilícitos administrativos lesivos à ordem econômica (tradução normativa constitucional dos fundamentos do capitalismo). Legitimar a tutela penal subsidiária, fragmentária e preventiva desse bem jurídico demandou ao discurso oficial relativizar pressupostos penais liberais e reformular os delitos de perigo. O discurso crítico de matriz marxista, ao chocar esse objetivo manifesto com a realidade produzida a partir da globalização econômica, do esfacelamento do Estado-nação, do ataque neoliberal ao Estado Democrático de Direito e da obsessão pelo controle dos novos riscos, descobre os limites e os objetivos reais do Direito Penal Econômico (positivo) na gestão do risco. Apontaram-se como óbices dessa expressão do Direito Penal de Risco: a) a ausência de um referencial material criminologicamente mais consistente do que a ordem econômica; b) na construção desse bem jurídico, a pressuposição de uma sociedade uniforme e consensual, empenhada na própria defesa contra uma minoria desviante; c) a falta de procedimentos normativos capazes de demonstrar a afetação autônoma da ordem econômica; d) a administrativização desse setor penal e a dispersão de seu vasto conjunto normativo; e) sua utilidade simbólica à ocultação dos conflitos estruturais e da violência estrutural; f) o encobrimento da funcionalidade entre a acumulação lícita e ilícita de capital; g) a idealização e a vagueza dos seus conteúdos como disfarces da real proteção do capitalismo; h) o déficit qualitativo da criminalização das atividades da criminalidade econômico-financeira e/ou a escassa aplicação e execução das respectivas penas; i) a difícil compatibilização formal e material das técnicas delitivas utilizadas comumente nesse direito especial com a Constituição e com os princípios penais. Nesse ponto, empregar, na proteção antecipada da ordem econômica, os crimes de perigo abstrato e suas técnicas intermediárias violaria o princípio da lesividade. Isso porque, nesses delitos, diferentemente de um resultado de exposição do bem jurídico a perigo, haveria criminalização por “perigo de perigo”: a) ao reduzir-se a antijuridicidade (material) à antinormatividade; b) ao abstrair-se excessivamente do juízo de periculosidade - numa perspectiva *ex ante* a considerar o perigo como probabilidade de resultado lesivo – as circunstâncias fáticas relevantes para determinar a periculosidade da ação.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Ordem Econômica. Direito Penal Simbólico. Crimes de perigo.

RIASSUNTO

Nelle società capitaliste occidentali, il Diritto Penale Economico strumentalizza l'affermazione e la manutenzione del capitalismo. Sin dalla sua creazione, dopo la Prima Guerra Mondiale e la Crisi del 1929, questo diritto rafforza la sanzione per illeciti amministrativi lesivi all'ordine economico (traduzione normativa costituzionale dei fondamenti del capitalismo). Legittimare la tutela penale sussidiaria, frammentaria e preventiva di questo bene giuridico ha domandato al discorso ufficiale di relativizzare presupposti penali liberali e riformulare i delitti di pericolo. Il discorso critico di matrice marxista, nello scontrarsi questo obiettivo manifesto con la realtà prodotta a partire dalla globalizzazione economica, dalla rottura dello Stato Nazione, dall'attacco neoliberale allo Stato Democratico di Diritto e dall'ossessione per il controllo dei nuovi rischi, scopre i limiti e i reali obiettivi del Diritto Penale Economico (positivo) nella gestione del rischio. Si sono indicati come ostacoli a questa espressione del Diritto Penale di Rischio: a) l'assenza di un riferimento materiale criminologicamente più consistente dell'ordine economico; b) nella costruzione di questo bene giuridico, il presupposto di una società uniforme e consensuale, impegnata nella propria difesa contro una minoranza deviante; c) la mancanza di procedure normative capaci di dimostrare l'incidenza autonoma dell'ordine economico; d) l'amministrativizzazione di questo settore penale e la dispersione del suo vasto complesso normativo; e) la sua utilità simbolica all'occultazione dei conflitti strutturali e della violenza strutturale; f) l'occultamento della funzionalità tra l'accumulazione lecita e illecita di capitale; g) l'idealizzazione e la vaghezza dei suoi contenuti come mascheramenti della reale protezione del capitalismo; h) il deficit qualitativo della criminalizzazione delle attività della criminalità economico-finanziaria e/o la scarsa applicazione e esecuzione delle rispettive pene; i) la difficile compatibilizzazione formale e materiale delle tecniche delittive utilizzate di solito in questo diritto speciale con la Costituzione e con i principi penali. A questo punto, impiegare, nella protezione anticipata dell'ordine economico, i reati di pericolo astratto e le sue tecniche intermedie violerebbe il principio della lesività. Ciò perché, in questi delitti, a differenza di un risultato di esposizione del bene giuridico a pericolo, vi sarebbe criminalizzazione per "pericolo di pericolo": a) nel ridursi l'antigiuridicità (materiale) all'antinormatività; b) nell'astrarsi eccessivamente dal giudizio di pericolosità – in una prospettiva *ex ante* a considerare il pericolo come probabilità di risultato lesivo – le circostanze fattiche rilevanti per determinare la pericolosità dell'azione.

Parole chiave: Diritto Penale Economico. Ordine Economico. Diritto Penale Simbolico. Reati di pericolo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 ENFOQUE E CONTEXTUALIZAÇÃO	7
2.1 PREMISSAS METODOLÓGICAS	7
2.2 DINÂMICA HISTÓRICA: ECONOMIA, ESTADO E DIREITO	13
2.2.1 Do Estado Liberal à superação de sua ordem jurídica	14
2.2.2 Do Estado Social à desarticulação neoliberal do Estado Democrático de Direito	18
3 DIREITO PENAL ECONÔMICO (BRASILEIRO) E RISCO	24
3.1 PRESSUPOSTO: RELATIVIZAÇÃO DA ESTRUTURA PENAL CLÁSSICA....	24
3.1.1 Hipertrofia e “flexibilização” do Direito Penal numa sociedade de riscos	24
3.1.2 Principal ponto de inflexão: o conceito de bem jurídico.....	32
3.2 EMBATE: OBJETIVOS DECLARADOS <i>VERSUS</i> REAIS.....	37
3.2.1 Discurso oficial: construção dogmática no sistema jurídico (brasileiro).....	37
3.2.2 Discurso crítico: por debaixo da aparente “proteção” da ordem econômica..	45
4 CRIMES DE PERIGO	55
4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	55
4.1.1 Direito Penal econômico como instrumento de controle do perigo.....	56
4.1.2 Conceito de perigo, momento e base do juízo de sua verificação	57
4.2 DA DISTINÇÃO CONVENCIONAL ÀS TÉCNICAS CONTEMPORÂNEAS	63
4.2.1 Dualismo tradicional: ou delito de perigo concreto ou delito de perigo abstrato.....	64
4.2.2 Técnicas Intermediárias	66
4.2.3 Posicionamento	73
5 CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS	82

1 INTRODUÇÃO

É inegável a expansão do Direito Penal nas sociedades de risco. Um dos âmbitos de neocriminalização é o Direito Penal Econômico, a que se atribui a tutela da ordem econômica. Os delitos de perigo, particularmente os de perigo abstrato, são empregados comumente nessa proteção.

Essas afirmações suscitam um extenso conjunto de indagações, dentre as quais se destacam: em que contexto social, político, econômico e histórico procura-se justificar a hipertrofia penal e a criminalização em âmbito econômico? Houve alterações fundamentais do Direito Penal para legitimar a construção do Direito Penal Econômico? Quais as principais modificações nesse sentido e que discursos as sustentam político criminalmente? A que e a quem é instrumental o Direito Penal Econômico? Por que os delitos de perigo são úteis à tutela antecipada da ordem econômica? Como, por esses instrumentos, “efetivar” essa tutela sem comprometer direitos e garantias constitucionais ou com o proporcional sacrifício delas?

Essa problemática, analisada criticamente a seguir, traduz-se em limitações do Direito Penal Econômico na gestão do risco. O desenvolvimento dessa temática exigiu, inicialmente, afirmar e justificar as premissas condicionantes da compreensão de todo este trabalho e, especialmente, do seu enfoque político, dogmático e criminológico. Prosseguiu-se, em perspectiva preponderantemente externa ao sistema penal, à exposição das relações históricas entre a Economia, o Estado e o Direito, desde a conformação liberal dos Estados modernos até a investida neoliberal contra o Estado Democrático de Direito. A fragilização dos pressupostos desse Estado, acompanhada do surgimento de novos riscos, derivados do emprego de novas tecnologias na otimização da produção de uma economia globalizada, oportunizou o reforço do consenso sobre as aptidões do Direito Penal para controlar esses riscos, especificamente os desencadeados pela criminalidade econômica. Nesse âmbito, fomenta-se a pretensão de tutelar antecipadamente a ordem econômica, mediante o Direito Penal Econômico e os delitos de perigo. Criticar essa pretensão demandou contrapor os discursos (oficial e crítico) e os objetivos (manifestos e reais) que a amparam e, após situar o Direito Penal Econômico como um Direito Penal de Risco, esquadriñar as diversas construções dogmáticas sobre os polêmicos crimes de perigo.

2 ENFOQUE E CONTEXTUALIZAÇÃO

A reflexão crítica proposta neste trabalho integra aspectos de política criminal, dogmática penal e criminologia compreendidos segundo a matriz teórica marxista. Sob essa orientação, procura-se identificar, na realidade existente, os entraves do Direito Penal Econômico em si e como instrumento de gestão do risco. Essa investigação se inicia numa perspectiva extrassistemática ao Direito Penal (Econômico) e, progressivamente, torna-se intrassistemática.

2.1 PREMISSAS METODOLÓGICAS

O conhecimento condiciona e é condicionado. O sentido completo dessa afirmação exige, na construção do saber, mais do que uma negação meramente convencional de qualquer pretensão de neutralidade e de objetividade jurídica tipicamente utilitarista ou positivista. Assumir uma postura ideológica (ideologia como sistema de idéias) diante da realidade e do conhecimento é mais do que honestidade intelectual, senão uma condição da própria democracia.¹

Diante dessa necessidade, opta-se pela compreensão do sistema de Direito Penal (Teoria da lei penal – política criminal; Teoria do Fato Punível – dogmática penal; Teoria da Pena – criminologia) a partir dos fundamentos do materialismo histórico dialético marxista. Esse enfoque, ao rejeitar a análise estática de uma sociedade supostamente consensual, permite, por suas premissas, apontar os

¹ Ao reformular a compreensão do princípio jurisdicional da imparcialidade, ensina Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que: “[...] a delimitação das regras, não basta! É preciso que se saiba, para além dela, contra quem se está jogando e qual o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo. Como referido no início, alcançar tal patamar só é possível quando os agentes em cena, no palco social, assumem sua face ideológica. Não é possível jogar uma partida honesta ou justa contra quem se esconde sob máscaras tais como as de 'objetividade' ou 'neutralidade'. Até mesmo porque se sabe que tais referenciais têm como função principal a ocultação dos conflitos socioeconômico-políticos. [...] Exige-se não mais a neutralidade, mas a clara assunção de uma postura ideológica, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base da transdisciplinaridade”. Ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. Separata de: **Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)**, Porto Alegre, n. 4, p. 13-14, jan./mar. 2000. Disponível em: <<http://www.direitofranca.br/download/IntroducaoaosPrincipiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasil2005.doc>>. Acesso em: 09/09/2009.

obstáculos e as possibilidades de consolidação de um Direito Penal Mínimo e personalista, cujos princípios (intra e extrassistemáticos) assegurem em duplo viés (limite e objeto de tutela) os direitos humanos em face da lei penal.²

Marx, ao combater o idealismo hegeliano, afirma que as relações jurídicas e as formas de Estado não podem ser explicadas pela evolução do espírito humano, e sim pelas condições materiais vigentes em determinada época. Os homens, na produção de sua própria existência social, estabeleceriam relações que lhes seriam determinadas, independentes, involuntárias e necessárias. Essas relações conformariam as relações de produção correspondentes a determinado grau de desenvolvimento das forças de produção. As relações de produção constituiriam a base econômica, a infraestrutura, suporte das relações jurídicas, econômicas, políticas e ideológicas componentes da superestrutura. O modo de produção material condicionaria o processo de vida social, político e intelectual, de maneira que não seria a consciência do homem que determinaria seu ser social, e sim o contrário.

Os períodos de Revolução Social seriam marcados pelas contradições advindas do conflito entre as forças produtivas e as relações de produção. As transformações na infraestrutura implicariam transformações na superestrutura de maneira a salientar a “preeminência ontológica”³ daquela sobre esta. Para Marx, o julgamento de uma época de transformações demandaria não explicá-la pela

² Sobre esse tema, é indispensável: BARATTA, Alessandro. Principios de Derecho Penal Mínimo. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)**. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 300-302.

³ Nesse ponto, é prudente a observação crítica de Eros Grau contra um entendimento simplista e geral de que, na teoria marxista, o Direito seria mecanicamente determinado pela Economia. Como esclarece: “[...] afirmar que o modo de produção da vida material (social) – que é diverso do modo de produção dos bens materiais – determina o Direito é algo inteiramente distinto da afirmação de que a estrutura econômica (uma das estruturas regionais integradas na estrutura global do modo de produção da vida social) determina o Direito”. Ver GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53. No mesmo sentido, Baldan memora oportunamente esta explicação de José Afonso da Silva, que defende uma “[...] concepção do direito como formado por influência da infraestrutura, mas que a ela retorna como parte da realidade toda, influenciando-a, e assim modificada condiciona novas formas jurídicas que retornam num processo dialético dinâmico de dominância do real à superestrutura jurídica e influência desta naquela, de modo que a compreensão do Direito legislado (ou não) depende da compreensão da realidade que o condiciona, porque ocorre aí uma conexão de sentido desta para aquele.” Ver SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 670 *apud* BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Econômico**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 32-33. Deve-se ler cuidadosamente no prefácio da “Contribuição à crítica da economia política” que: “O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual *em geral*” (grifo nosso). Ver MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo: Martins Fontes, 1977. p. 23.

consciência que ela possuísse de si, mas sim pelas suas próprias contradições de vida material, por conflitos de forças produtivas e pelas relações de produção.⁴

Entre a estrutura econômica e a superestrutura política e jurídica do Estado haveria articulações aptas a explicar a contradição entre a aparência e a realidade dos fenômenos sociais, dentre tais o crime. Essa capacidade explicativa derivaria da relação entre as esferas de produção e de circulação (relações sociais forjadas como relações jurídicas) do capitalismo⁵, modo de produção de classes pautado nas separações: meios de produção/trabalhador; trabalho assalariado/capital.

Admitidas as relações de produção capitalistas como o objeto do Direito, pois as relações jurídicas seriam relações sociais entre “proprietários de mercadorias trocadas”⁶ na proporção da norma jurídica: a) a abstração do Direito concerniria às relações de produção; b) a formalidade do Direito definiria juridicamente seus sujeitos, a liberdade e a igualdade, todos afinados com os direitos de propriedade; c) a universalidade do Direito serviria à mercantilização dos indivíduos (força de trabalho) e dos produtos socialmente necessários.

O trabalhador seria, em termos jurídicos (logo, aparentemente), um sujeito livre para alienar ao capitalista a sua força de trabalho (a única mercadoria de que disporia), em troca de salário (contraprestação “equivalente”). Entretanto, a liberdade contratual contrastaria com as reais necessidades econômicas e a exploração do trabalho, de que se extrairia a mais-valia. Essa troca fundamental à estrutura econômica exporia um princípio espraiado por todos os níveis da vida social, a retribuição pelo equivalente, “instituída [no âmbito da responsabilidade penal] sob a

⁴ Vale observar que as sociedades não se extinguem enquanto todas as suas forças produtivas não tenham sido desenvolvidas e que as condições materiais de existência de novas relações de produção são geradas paulatinamente na sociedade precedente. Ao congregiar essas concepções, Marx delineia, em cada época histórica, os seguintes modos de produção: o asiático, o antigo, o feudal, o burguês moderno. Nesse sentido, ver MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Teoria e processo histórico da revolução social (prefácio à Contribuição à crítica da economia política). In: FERNANDES, Florestan. (Org.) **Marx/Engels-História**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1989. p. 231-235. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

⁵ Aliás, a posição de classe do indivíduo no processo produtivo capitalista é que constitui o radical da Criminologia Radical. Passim: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006. 139p.

⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 96.

forma da pena *privativa de liberdade*, como *valor de troca* do crime medido pelo *tempo* de liberdade suprimida.”⁷ (grifo do autor).

A existência e o funcionamento do Direito estariam incorporados ao aparelho do Estado tanto por uma perspectiva repressiva como ideológica.⁸ O aparelho repressor do Estado, por um "destacamento especializado", interviria de forma direta no desenvolvimento da reprodução das condições de produção e no desenlace das relações de produção. Essa intervenção no plano material garantiria o Direito pela imposição institucionalizada das sanções do Código Penal via força física controlada pelo aparelho repressor do Estado, dominado pela classe economicamente hegemônica na formação social. Todavia, tal intervenção seria excepcional, porquanto a ideologia jurídica e a moral atuariam cotidianamente a manter o funcionamento regular das relações de produção.

Em face disso e após intensa crítica às teorias tradicionais, uma análise materialista do crime e do sistema de controle social é desenvolvida pela Criminologia Radical, a considerar o Estado como organização política do poder de classe e o Direito como lei do modo de produção dominante. O objetivo real do sistema de controle social seria a disciplina social⁹, exercida preferencialmente sobre a força de trabalho excedente, propensa ao crime para satisfazer suas necessidades materiais de sobrevivência. Desmistifica-se a igualdade do Direito Penal ao expor-se

⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006. p. 471. Lembre-se que a matriz dessa posição é o trabalho de Pasukanis que, antes de Foucault, Rusche e Kirchheimer, distinguiu entre os objetivos reais e ideológicos do sistema punitivo durante a transição do sujeito zoológico ao sujeito jurídico. Ver PASUKANIS, Eugeny. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Trad. Paulo Bressa. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁸ Convém lembrar ao menos estes quatro sentidos do termo “ideologia” na obra marxista: a) um sistema de crenças ilusórias desvinculadas de determinação social, que, ao ocultar do ser humano as contradições e condições de sua realidade material, acaba por servir de sustentáculo para uma hegemonia opressiva; b) um conjunto de idéias que expressam interesses das classes dominantes e que são propulsoras de tal dominação; c) todas as formas conceituais pelas quais há o embate da luta de classes; d) um descompasso – sentido esse trabalhado por Marx em “O Capital” - entre essência e a aparência fenomenológica das relações econômicas capitalistas, o que revelaria uma realidade ambígua inerente às estruturas do capitalismo de modo que a consciência invertida refletiria uma realidade invertida. Para maiores precisões, ver BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento marxista**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 184-185 e EAGLETON, Terry. **Ideologia**. São Paulo: Boitempo, 1997. p. 79.

⁹ A disciplina e controle social são temas centrais em: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2004. 262p. Esse autor explicou a transformação da prisão (antes instituição marginal) na principal forma de castigo no sistema penal capitalista, em que o tempo é fator de modulação do crime, pela disciplina da força de trabalho. Ele estudou historicamente os sistemas positivos por seus efeitos positivos, instrumentais a uma função social complexa, cuja função punitiva abrangeria técnicas dos processos produtivos investidas contra o corpo em relações de poder (poder sobre o poder do corpo). O sistema penal representaria ponto estratégico ao poder na produção de corpos “dóceis e úteis” às relações de produção.

a seletividade operacional estigmatizante do processo de criminalização (primária e secundária) e a variação da natureza e da intensidade de sua punição e da proteção aos bens jurídicos supostamente comuns, conforme um direito penal de autor: se marginalizado, é variante independente, alvo preferencial da criminalização a ser destruído pela violência estrutural ou institucional; caso ocupe posição precária no mercado de trabalho, ou apresente defeitos na escolarização, ou má socialização, será variável interveniente naquele processo, um objeto a ser protegido na medida de sua resposta às demandas do sistema produtivo; se integrante de classe hegemônica, será tutelado com dignidade humana.

O discurso crítico volta-se, sobretudo, ao sistema carcerário¹⁰, útil à reprodução das desigualdades sociais e dos estigmatizados e à imposição institucional de sanções. Desvela-se desde já uma relação funcional entre cárcere, central do controle social, e a fábrica¹¹, cerne da produção material.

Sob uma perspectiva da luta de classes (capitalistas *versus* possuidores da força de trabalho), as vertentes críticas marxistas expuseram as contradições entre os objetivos manifestos e os objetivos reais do Direito Penal. Problematizaram-se os objetivos declarados do discurso oficial, supostamente neutros e igualitários, de proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos e (no âmbito da teoria da pena) de retribuição, de prevenção especial (negativa e positiva) e de prevenção geral (negativa e positiva). O discurso penal crítico identificou o Direito Penal como instrumento muito útil para o controle social necessário à instituição do capitalismo e à reprodução de suas condições de existência.

¹⁰ Em “Punição e estrutura social”, Rusche e Kirchheimer propõem uma explicação histórica da relação entre trabalho e punição. Qualquer sistema de produção plasmaria punições adequadas às suas relações produtivas. O mercado de trabalho determinaria o sistema de justiça criminal. Caso insuficiente a força de trabalho, a punição seria trabalho forçado; se excedente, a punição assumiria a forma de penas corporais. Conforme o princípio da eficácia do sistema penal, as condições de vida na prisão deveriam ser inferiores às da classe trabalhadora mais explorada. O principal método de controle e disciplina social seria a prisão, a moldar a força de trabalho necessária à fábrica. Ver RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

¹¹ A fábrica, principal instituição da formação social na esfera de produção, juntamente com instituições acessórias (responsáveis pela adequação, domesticação do trabalhador às demandas do capital na esfera de circulação), sobretudo a penitenciária, garantiria a extração da mais-valia, a reprodução das relações de produção e da força de trabalho. Na fábrica, o trabalho se subordinaria à valorização do capital e seria por ele explorado, quando extraída a mais-valia, sob a aparência de equivalência e de liberdade contratual. Isso estrategicamente ocorreria pela ocultação (ideológica) da separação trabalhador/meios de produção ao trabalhador, dependente de salário e imerso numa intensa competitividade. Ver MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 270p.

Esse êxito histórico do Direito Penal (desigual), apesar do fracasso histórico de suas funções declaradas, dependeu da “ocultação ideológica” da violência estrutural e institucional capitalista presente na seletividade estigmatizante dos processos de criminalização, de aplicação e de execução de penas. Por isso, a marca distintiva de um Direito penal moderno seria a “difusão simbólica de uma vida conforme ao Direito por intermédio do emprego instrumental do Direito penal”.¹² Politicamente, além do interesse e do poder, importaria a assimilação (introjeção) ou a rejeição de símbolos.

Diante da crise de um Direito penal orientado para as conseqüências, emerge o Direito Penal Simbólico. Esse direito¹³ seria caracterizado por orientar-se às conseqüências (*outputs*), por repelir inspirações volitivas e por manifestar-se comparativo e apto¹⁴ à crítica. O primeiro pressuposto condicionaria o sentido da sua abordagem, pois um método concentrado apenas nos *inputs* do sistema penal não permitiria opor seus efeitos manifestos aos reais. Descaberiam quaisquer voluntarismos sobre a suposta intenção do legislador, objetivos da lei ou efeitos pretendidos por ela, pois interessaria somente o estudo de funções. Esse conceito comparativo não admitiria a lógica do “isto-ou-aquilo, mas sim um mais-ou-menos”. O contraste entre o aparente e o real objetivaria desvelar a ilusão, a “hipócrita dissimulação da efetividade legal e da instrumentalidade.”¹⁵

[...] “**simbólico**” consiste no **atributo** que uma **norma penal** apresenta, segundo o qual as **funções latentes** da norma **suplantam** suas funções **manifestas**, de maneira a gerar a **expectativa** de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma **situação diversa** da anunciada pela própria norma. [...] deve se entender por “**funções manifestas**” exclusivamente aquelas concretizações da norma que sua própria formulação enuncia, a saber, a disciplina de todos os casos concretos futuros por ela definidos, ou, noutros termos, a **proteção dos bens jurídicos** tutelados pela norma. Já as

¹² HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Trad. Adriana Beckman Meirelles *et al.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 216.

¹³ Advirta-se que Hassemer confessa não haver encontrado um conceito “preciso e aproveitável” de “simbólico”, entretanto, associa-o ao ilusório, à diferença entre o manifesto (aparente) e o latente (real). Ver HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**, p. 217.

¹⁴ Essa característica deve ser entendida com cuidado, pois, embora pretenda ser crítico o conceito de Direito Penal Simbólico, “[...] a circunstância de que normas portadoras de regras claramente predispostas à efetividade também postulem efeitos simbólicos não serve de fundamento para um ataque a elas”. HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**, p. 220. É que a contradição entre o manifesto e o latente seria característica de todo o Direito penal Moderno e, por isso, pouco esclarecedora.

¹⁵ HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**, p. 220.

“**funções latentes**” são variadas e **multiformes**, se sobrepõem parcialmente, e vêm recebendo numerosas designações por parte da doutrina: desde a satisfação de uma “necessidade de ação” presente, a um apaziguamento da população, até a demonstração de um estado forte.¹⁶ (grifo nosso).

Nesse ponto, já que as classes dominantes detêm a hegemonia econômica e política do bloco histórico, é fundamental, quanto às possibilidades de um Direito Penal Econômico, esta indagação de Juarez Cirino:

[...] que interesses possuem as classes hegemônicas da formação social na criminalização das práticas anti-sociais lucrativas em que assenta o seu modo de existência e reprodução como classes dominantes, autolimitando-se sob ameaças de penas eficazes?¹⁷

2.2 DINÂMICA HISTÓRICA: ECONOMIA, ESTADO E DIREITO

A resposta à questão acima apresentada demanda um esforço de contextualização das transformações históricas das relações entre Estado, Economia e o Direito, desde um Estado Liberal e de sua ordem jurídica até um Estado “Neoliberal”, que, mesmo a desfigurar um Estado Democrático (Social) de Direito, utiliza-o, instrumentalizando inclusive o Direito Penal (econômico), para conter os riscos produzidos pelos próprios capitalistas ao capitalismo numa sociedade de risco.

¹⁶ HASSEMER, Winfried. Direito penal: fundamentos, estrutura, política, p. 221.

¹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal Econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 196-201, jan./jun. 1982. p. 200.

2.2.1 Do Estado Liberal à superação de sua ordem jurídica

A evolução das condições históricas materiais¹⁸ implicou um processo de racionalização de poder e de gestão política que culminaram com a concentração de poder de modo unitário e exclusivo sobre um território e sob um soberano, em detrimento de um sistema policêntrico feudal, instável diante das exigências burguesas de segurança para as trocas num capitalismo incipiente.

As lutas religiosas europeias nos séculos XVI e XVII inviabilizaram a fundação de um poder sobre a fé e serviram de mote para a promoção da paz interna e do controle dos conflitos sociais como funções aparentes de um Estado, numa primeira fase, absoluto. Nesse momento, o contratualismo simboliza a transição ideológica de um Estado Natural para um Estado Civil e manifesta a tomada de consciência da possibilidade de o ser humano ordenar suas relações sociais e sua sobrevivência não mais com base em diretrizes religiosas abstratas, mas com fundamentos em suas necessidades e capacidades. Haveria recíproca renúncia de liberdades em favor de um soberano na medida em que ele se colocasse, ao menos manifestamente, como garante da paz, do direito (sobretudo da propriedade), da segurança e do bem-estar geral. Assim, predispôs-se o Estado, principalmente sua administração, à eliminação prévia ou à neutralização de conflitos sociais economicamente desinteressantes.

A constituição desse Estado Moderno, detentor do monopólio da força legítima e do poder de tributação, inicialmente numa sociedade por categorias – protagonizada pelo príncipe e pelas camadas sociais tradicionais ocupantes da administração pública –, foi solidificada por um liame financeiro com a burguesia, em razão da insuficiência dos recursos privados do príncipe para compor uma administração economicamente eficiente e um exército forte, confiável.

À medida que a burguesia se organiza enquanto classe e luta, numa segunda fase do Estado Moderno (transição da legitimidade para a legalidade), pela consolidação dos fundamentos do capitalismo, ela contesta não tanto a estrutura de

¹⁸ Marx e Engels criticaram a desintegração do modelo gentilício durante passagem da barbárie (inferior, intermediária; superior) à civilização, em razão das revoluções econômicas - sobretudo da divisão do trabalho – e da conseqüente diferenciação social, do surgimento e ascensão da burguesia como classe econômica e politicamente hegemônica. Ver ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. p. 177-201.

Estado – funcional à instauração e manutenção da ordem capitalista –, mas a legitimação da titularidade exclusiva do poder político estatal.

A pretexto de complementar a ordem estatal com “valores individuais” próprios da condição natural humana a burguesia se assenhorou do poder estatal (principalmente da violência e da tributação), para realmente diminuir os riscos que um déspota (ainda que esclarecido) representava à integração social. Esse Estado Moderno, como Estado de classes, é um Estado burguês, útil à constituição e preservação do modo de produção capitalista e, posteriormente, à substituição e compensação de seu mercado.

Inicialmente, os aparelhos de Estado instrumentaram a consolidação social, política e jurídica da propriedade privada, de um sistema de mercado fundado na livre iniciativa (sobretudo das empresas privadas) e na liberdade de contratar e de um sistema de racionalização técnica, produtiva, útil à reprodução das condições do capitalismo, à valorização do capital e à obtenção de lucro.

O capitalismo é um modo de produção dependente da extorsão da mais-valia e, historicamente seu êxito a partir da Revolução Industrial, deveu-se em grande medida à idealização da liberdade (econômica do proprietário), da igualdade (meramente formal) e da fraternidade (impensável diante das racionalidades competitiva e egoísta), todas forjadas num Estado liberal.

Na França, a ordem econômica¹⁹ liberal, cuja instauração remonta ao pós-revolucionário *Decret d'Allard* (1791), representou a abolição da ordem jurídica do *Ancien Régime*, de seus privilégios à nobreza, de seu protecionismo ao mercantilismo e de suas estruturas corporativas medievais. A propriedade e o contrato exprimiriam a ordem natural de uma sociedade (atomizada) espontaneamente ordenada, equilibrada, em que deveria intervir administrativamente o Estado (policial, guarda) apenas para evitar abusos entre os agentes econômicos e para manter a ordem pública. Pretendia-se fazer da ordem jurídica algo estável, perene, composto por leis genéricas e abstratas de modo a

¹⁹ Cf. Vital Moreira, “[...] ordem econômica é uma expressão polissêmica: a) um conceito de fato, um conjunto de fenômenos econômicos materiais naturais, automáticos, impessoais; b) um conceito sociológico, um conjunto de normas de conduta sobre a regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; c) um conceito jurídico, um conjunto de regras jurídicas que regulam a vida econômica. O fundamento da ordem jurídica econômica abrangeria as relações sociais (juridicizadas) no âmbito da produção e distribuição econômica - em razão da divisão social do trabalho - de bens e serviços capazes de satisfazer as necessidades materiais humanas”. MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987. p. 59-61.

tornar previsível a conduta estatal (liberalismo político) e possibilitar a livre concorrência (liberalismo econômico).

A ideologia liberal do *laissez-faire*, *laissez-contracter*, *laissez-aller* diluía a relação econômica capitalista-trabalhador como mais uma relação contratual entre sujeitos livres sem que o direito de propriedade e o contrato aparecessem como “institutos econômicos, mas sim institutos da ordem jurídica geral da sociedade”.²⁰ Realmente, identificava-se a ordem jurídica das relações econômicas burguesas e seu modelo social com toda a ordem jurídica (privada clássica codificada).

Nesse ponto, são importantes as reflexões críticas de Pasukanis²¹ em seu estudo sobre a transição do “sujeito zoológico” (responsável própria sobrevivência e a de sua família num período histórico em que se admitia a vingança de sangue) para o sujeito jurídico da reparação pelo equivalente. Esse autor, considerando a divisão da sociedade em classes antagônicas a se relacionarem nos âmbitos estruturais e superestruturais do modo de produção capitalista, apontou haver um revestimento das relações sociais pela forma jurídica (elementos de teoria geral do direito) e a ocultação dos objetivos reais do sistema punitivo (capitalista). Como sintetizou Juarez Cirino:

A forma mercadoria, valor de uso com ‘valor de troca’ medido pelo tempo (a quantidade de trabalho social necessário para sua produção) realiza no mercado social a comunicação entre sujeitos proprietários *iguais* (mesma medida de troca), *livres* (podem dispor de sua propriedade): a troca *equivalente* é o ‘critério de medida’ provido pela norma jurídica, enquanto o sujeito jurídico é categoria intermediária entre a forma mercadoria e a forma jurídica. Todavia, a base histórica explicativa da forma jurídica só aparece quando o *sujeito jurídico* se funde com a *forma mercadoria* – a categoria elementar da sociedade capitalista –, constituindo a *força de trabalho* da relação *capital/trabalho assalariado*: consumida por seu valor de troca (salário) nos processos capitalistas de produção de *mais-valia*, a *força de trabalho* determina o valor de todas as mercadorias e funciona como medida social geral de valor.²² (grifo do autor).

Assim, desde a segunda metade do século XIX, a relação entre Estado e sociedade civil produziu alterações jurídicas. Lançaram-se as premissas da estrutura

²⁰ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**, p. 64.

²¹ PASUKANIS, E. B. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Trad. Paulo Bressa. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

²² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 98.

de um sistema jurídico típico de um Estado de Direito²³: formalmente, garantiam-se as liberdades fundamentais com a aplicação da lei geral-abstrata por parte de juízes independentes; materialmente, assegurava-se a liberdade de concorrência no mercado, reconhecida aos proprietários; socialmente, começa-se a cogitar da “questão social” e de políticas reformistas de integração da classe trabalhadora; politicamente, inaugurava-se a separação e a distribuição de poder num constitucionalismo ainda incipiente.

Entretanto, é a partir da Primeira Guerra Mundial que se intensifica a derrocada da ordem econômica liberal, questionada em seu princípio basilar da autorregulação econômica. Essa guerra exigiu do Estado dirigir a economia para satisfazer suas exigências bélicas e combater a posterior inflação e desemprego, agravados na grande Crise de 1929.

Razões econômicas (progresso técnico e emergência do capitalismo monopolista), sociais (surgimento do movimento operário e intensificação dos conflitos de classe) e ideológicas (ideologias contrárias ao capitalismo e, especialmente, o liberal)²⁴ determinaram a expansão da ordem jurídica sobre a econômica, juridicizando-a.

O desenvolvimento tecnológico produziu necessidades responsáveis por alterações qualitativas na estrutura do sistema econômico. A atividade empresarial da sociedade industrial passou a demandar um alto grau de planejamento, para que convinha formar empresas cada vez maiores diante dos riscos das decisões sobre enormes investimentos. A rentabilidade e a execução desses investimentos e da produção dependiam da constância de certos dados, situações. É que - à maneira de Weber - a produção capitalista racional exigiria uma segurança para cujo cálculo a previsibilidade da conduta dos agentes econômicos e do próprio Estado eram indispensáveis. Por isso, o Estado é jurídica e administrativamente (burocracia) posto a serviço da acumulação capitalista no duplo sentido de disponibilizar às empresas as informações necessárias à previsão de condutas e de assegurar que elas aconteçam. Mediante a segurança e certeza jurídicas, viabiliza-se a maximização dos lucros. Desse modo, compreende-se por que o “mercado – além de lugar e *princípio de organização social* – é instituição jurídica (=institucionalizado

²³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. rev. Trad. de Carmen C. Varriale *et al.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. p. 143. v. 1.

²⁴ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**, p. 94.

e conformado pelo direito posto pelo Estado)”.²⁵ O principal meio pelo que o Estado assegurou a subsistência do capitalismo (monopolista), ainda que sem a ordem econômica liberal, foi a “disciplina jurídica pública da economia.”²⁶

Em contrapartida, a organização operária em sindicatos contrários ao capitalismo, à ideologia burguesa de liberdade individual e à exclusão social promovida pela propriedade privada e pela democracia liberal provocou uma expansão da base política do Estado, a que se atribuiu, ao menos ideologicamente, a realização da justiça social.

2.2.2 Do Estado Social à desarticulação neoliberal do Estado Democrático de Direito

Imputa-se ao Estado a responsabilidade social pela promoção da paz social e asseguarção direta ou imediata de condições materiais mínimas para que cada sujeito pudesse desenvolver sua personalidade. Entretanto, mesmo a nova tarefa estatal de desempenhar políticas públicas, especialmente a econômica (monetária, fiscal e social), constitui viés de preservação e renovação do sistema capitalista.

No âmbito de legitimação e sob uma nova ordem jurídica da economia, as Constituições formais (por exemplo, (e.g.) a Mexicana de 1917 e a de Weimar, 1919) representariam um mito²⁷ instrumental ao poder hegemônico do capital, sobretudo para frear uma possível transição socialista. As ditas normas programáticas – que não seriam normas jurídicas, por definirem direitos sem garanti-los, carentes de mediação administrativa ou legislativa infraconstitucional – amorteceriam, mediante um “progressismo” retórico, os conflitos de classes ao fazer depender do Estado a efetividade da justiça distributiva. Aliás, produz-se uma fragmentação social: os

²⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37.

²⁶ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**, p. 95.

²⁷ Mito na acepção de Eros Grau é uma manifestação discursiva da ideologia útil à dominação. A ideologia seria um referencial alheio ao real por engendrar valores-verdade autorreferenciais (verdadeiros ou falsos de acordo com as próprias relações ideais), e não significados com base ontológica. Ver GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**, p. 41.

indivíduos, principalmente os oprimidos, não se representavam conscientemente como membros de grupos sociais antagônicos, mas como membros de uma sociedade de massas.

A lógica estatal para valorizar o capital é principalmente qualitativa, ou seja, não tanto de produção de mercadorias (valores de troca para obtenção de lucro), mas de valores de uso, “que podem compreender contribuições de uso várias, da criação de infraestruturas à ‘qualificação’ da força de trabalho, e que representam as condições gerais da valorização do capital”.²⁸ Em verdade, socializa-se o “peso da valorização exclusiva do setor econômico mais desenvolvido.”²⁹

Portanto, mesmo que a intervenção estatal na economia contrariasse o interesse mais voraz de alguns capitalistas, o domínio econômico era juridicamente disciplinado conforme os fundamentos do capitalismo, não alterado em sua essência (modo de produção, mercados e repartição do produto social).

No interior do suposto Estado Social (assistencial, de bem-estar), caracterizado por ser a ação estatal cobrada como um “direito”, emerge a contradição funcional insustentável de promover a acumulação de capital e de legitimar a intervenção econômica. Noutros termos, o contraste entre “o fortalecimento do consenso social, da lealdade para com o sistema das grandes organizações de massa, e o apoio à acumulação capitalista com o emprego anticonjuntural da despesa pública.”³⁰

Essa contradição é ocultada como uma crise fiscal (desde 1970) desse Estado, cujas receitas dependiam muito da disponibilidade financeira da burguesia e eram sempre insuficientes diante das crescentes despesas públicas, necessárias à promoção de uma pretensa “justiça social”.

Essa situação crítica se agravou ainda mais com a formação do capitalismo organizado ao final do século XIX e início do XX. Ampliaram-se as formas de circulação e disponibilidade da propriedade (e.g. as quotas sociais e as ações em bolsas de valores) através do capital financeiro a congregar as formas do capital bancário, comercial e industrial como um capital social conjunto.

²⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. rev. Trad. Carmen C. Varriale *et al.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. p. 405. v. 1.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Ibid.*, p. 418.

Paralelamente a isso, o aumento da complexidade social desencadeou a crise dos pressupostos do Estado de Direito. A multiplicidade do setor produtivo (monopólico, concorrencial e estatal), a intensificação da divisão social do trabalho, a especialização flexível da produção, a ampliação das necessidades dos trabalhadores, distribuídos nos mais diversos setores econômicos, e a globalização³¹ expuseram a “esclerose” da legalidade e a impossibilidade do Estado planejar sua intervenção globalmente.

A globalização econômica torna-se indispensável à compreensão da crise dos Estados-nação por ser “o fio condutor das demais dimensões [política, ambiental, social, cultural]”.³² Essa “expansão mundial da produção industrial e de novas tecnologias promovida pela mobilidade irrestrita do capital e a total liberdade do comércio”³³ se particulariza “pela velocidade, extensão, interconexão da movimentação de mercadorias e informações ao redor do mundo, nunca antes visto na história.”³⁴

Articularam-se a globalização econômica e a política neoliberal para provocar o paulatino declínio do Estado-nação desde o final do século XX. Ao cabo da globalização do capitalismo - intensificada quando do recrudescimento internacionalização do comércio mundial ao final da Segunda Guerra Mundial -, houve a transnacionalização dos mercados de insumo, de produção, de capitais, de finanças e de consumo, a ampliação e o crescimento do comércio numa intensidade jamais constatada historicamente.

O neoliberalismo, como ideologia política, questiona desde os anos oitenta do século passado a intervenção econômica estatal e defende a utópica recondução do capitalismo a seus princípios originários. Para cumprir esse objetivo, enfatizou-se, inicialmente, o princípio da concorrência e se postulou a necessidade de o Estado dispor de sua ordem jurídica para eliminar monopólios. Em face da capacidade de

³¹ É clássica esta definição de globalização: “[...] a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que os acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice versa”. GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 69.

³² LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização econômica e crise dos Estados nacionais. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 151-161. p. 153.

³³ GRAY, John. **Falso amanhecer**: os equívocos do capitalismo global. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 16.

³⁴ *Ibid.*, p. 84.

resistência econômica dos monopólios, os neoliberais reformulam sua tese e alegam ser necessária a defesa de uma concorrência eficiente, infensa não a todos os monopólios, mas apenas àqueles de que resultassem abusos econômicos. Ao Estado e à sua ordem econômica, quer intervindo economicamente ou não, caberia promover a máxima eficiência da produção. Eis por que a função principal da ordem econômica capitalista seria “manter os princípios do sistema econômico.”³⁵

Ao neoliberalismo coube implementar a globalização econômica mediante estas diretrizes de política econômica, que Eros Grau sintetizou como a “receita passada ao Estado vilão” por teóricos como Hayek e Friedman:

(i) desregulamentação dos mercados domésticos e eliminação das barreiras à entrada e saída de capital-dinheiro, de modo que a taxa de juros possa exprimir, sem distorções, a oferta e demanda de ‘poupança’ nos espaços integrados da finança mundial; (ii) para os mercados de bens, submissão das empresas à concorrência global, eliminando-se os resquícios do protecionismo e de quaisquer políticas deliberadas de fomento; (iii) para o mercado de trabalho, flexibilização e remoção das cláusulas sociais.³⁶

Ciente disso, Lima constata³⁷: a) a erosão da soberania; b) a obsolência das fronteiras nacionais; c) o retraimento da esfera pública em favor do mercado; d) a perda dos direitos políticos dos cidadãos. Ademais, juntamente a Boaventura, Lima recorda que, dado o poder decisório econômico das organizações no contexto do comércio mundial, sobretudo quanto ao fluxo de capitais, a soberania não é mais “uma forma de poder público ilimitado e indivisível [...]”³⁸, mas “uma faculdade dividida entre múltiplas agências – nacionais, regionais e internacionais – e limitada pela natureza mesma desta pluralidade”.

Assim como Ianni, Lima assevera reformulação da soberania pelo princípio da maximização da acumulação de capital a reduzir o Estado-nação a um mero emblema:

³⁵ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**, p. 86.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**, p. 52.

³⁷ LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica e crise dos Estados nacionais**, p. 155.

³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**. Bogotá: Ediciones Universidad Nacional de Colombia, 2002. p. 37, 87 *apud* LIMA, Abili Lázaro Castro de. LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 156.

Tal emblema está atravessado por relações, processos e estruturas altamente determinados pela dinâmica dos mercados, da desterritorialização das coisas, gentes e idéias, enquanto a reprodução ampliada do capital se globaliza, devido ao desenvolvimento extensivo e intensivo do capitalismo, compreendendo as forças produtivas, tais como o capital, a tecnologia, a força de trabalho e a divisão do trabalho social, sempre envolvendo as instituições, os padrões socioculturais, e os ideais relativos à racionalização, produtividade, lucratividade, quantidade.³⁹

A problemática da integração social é redimensionada para além do direito positivo. Chega-se a cogitar de um pluralismo jurídico, uma resultante da interação dos diversos modos de produção de poder⁴⁰ (produção, mercado, comunidade, cidadania, mundialidade) especificamente articulados. Não obstante as críticas oponíveis à compreensão sistêmica da sociedade (Luhmann), nota-se que as capacidades estratégica (planejamento eficaz e tempestivo de ação por previsão e cálculo de custo benefício para maximização de interesses próprios na troca de bens, serviços e informações), associativa (possibilidade de reconhecer prontamente as zonas de conflito de interesses compartilhados para solucioná-las otimamente via coalizão) e a criativa (conhecimento técnico-científico para assimilar e codificar informações) das organizações empresariais complexas permitiu-lhes maximizar lucros, privatizar o aparelho administrativo (burocrático) estatal e orientá-lo ao atendimento de seus interesses setoriais, específicos. Nos Estados contemporâneos, a atividade executiva tende a legitimar-se por procedimentos sublegais (processos para elaborar decisões de modo mais eficaz) em detrimento da democracia, ainda que isso contraste com a pretensão de tutela à Constituição no âmbito da superlegalidade política dos princípios constitucionais.

Da combinação entre o comportamento egocêntrico dessas organizações com a redução das possibilidades de gestão macroeconômica dos Estados, em razão da multiplicação das interconexões organizacionais, forma-se historicamente o Estado neoliberal. A dimensão organizacional desse estado é permeável ao controle pelo mercado e seus atores (organizações financeiras internacionais, conglomerados empresariais, associações de consumidores).

³⁹ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996. p.40-41.

⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. On modes of production of law and social power. **International Journal of Sociology of Law**, n. 13, p. 299-336, 1985. p. 299 *apud* FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 158-162.

Nesse contexto de proliferação de centros de poder (*e.g.* organismos internacionais e empresas transnacionais), de descentralização política dos Estados nacionais, de relativização de fronteiras ao capital e à força de trabalho, de apatia e distanciamento político, de exclusão social e de individualismo, propaga-se política, social e juridicamente o eficientismo econômico (custo/benefício) como critério racional de decisão. Esse parâmetro egoístico obstaculiza a efetivação dos direitos sociais e avança sobre direitos e garantias individuais desinteressantes ao desenvolvimento seguro do capitalismo, à confiança dos investidores do hodierno mercado mundial de capitais.

Essa vocação antissocial do neoliberalismo confirmou-se historicamente. É desnecessário citar os inúmeros fatos recentes que, numa economia mundializada e globalizada financeiramente, demonstram o aumento do desemprego e da desigualdade econômica entre os países capitalistas centrais e periféricos e o declínio do crescimento econômico como principais conseqüências negativas das diretrizes neoliberais.

Diante disso, parece clara a necessidade de que o “Estado se empenhe na defesa do capitalismo contra os capitalistas”.⁴¹ Aliás, essa aparente contradição pressupõe a surpreendente capacidade de preservação-transformação histórica do capitalismo que aumenta a sua capacidade de resistência à medida que “vira em seu favor elementos colhidos em teorias que o negam.”⁴²

O ataque neoliberal ao Estado Democrático de Direito expõe ainda mais um ambiente de insegurança característico de uma sociedade de risco e permite compreender melhor a tentativa de “flexibilização” dos pressupostos do Direito Penal Clássico por um Direito Penal Moderno, bem como o *locus* do Direito Penal Econômico e da retomada dos crimes de perigo.

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica, p. 58.

⁴² MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**, p. 98.

3 DIREITO PENAL ECONÔMICO (BRASILEIRO) E RISCO

A globalização e a mundialização econômica potencializaram a criminalidade econômica num ambiente social obcecado por eficiência produtiva e por acumulação monopolista de capital. Paradoxalmente, o sistema produtivo da sociedade pós-industrial gerou novos riscos e a necessidade de gerenciá-los. Como não poderia deixar de ser, o Direito Penal aparece como um meio tentador para controlar os riscos do próprio sistema capitalista contra si. Provoca-se uma expansão penal que pressionou e alterou o sistema de garantias liberais, a pretexto da proteção de bens jurídicos universais. Uma tradução normativa ideológica dessa empreitada é o Direito Penal Econômico, cuja conformação histórica se associa ao incremento da intervenção econômica dos Estados, especialmente ao final da Primeira Guerra Mundial, e à manifesta tutela da ordem econômica capitalista.

3.1 PRESSUPOSTO: RELATIVIZAÇÃO DA ESTRUTURA PENAL CLÁSSICA

No interior do sistema penal, o processamento dos riscos típicos da sociedade pós-moderna implicou uma mitigação de princípios e de garantias penais liberais indispensável ao discurso ideológico de sustentação de um Direito Penal Moderno, de que o Direito Penal Econômico é genuína manifestação.

3.1.1 Hipertrofia e “flexibilização” do Direito Penal numa sociedade de riscos

A demanda social por mais proteção é um dado real, atinente ao modelo social configurado desde as últimas duas décadas, comumente satisfeito por respostas simbólicas, apaziguadoras da “opinião pública”, via um punitivismo penal irracional, grotesco.

Algumas causas da expansão do penal explicam haver, surpreendentemente, um consenso geral sobre a aptidão do Direito Penal para

“proteger” a sociedade. Dentre essas causas, Silva-Sánchez⁴³ mencionou: a) os novos interesses; b) o efetivo aparecimento de novos riscos; c) a institucionalização da insegurança; d) a sensação social de insegurança; e) a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos; f) a identificação da sociedade com a vítima do delito; h) o descrédito de outras instâncias de proteção; i) os gestores atípicos da moral; j) o gerencialismo.

Por ser o Direito Penal instrumento de tutela de bens jurídicos, a expansão desse direito pressuporia o aparecimento de novos bens jurídicos ou o aumento de valor atribuído aos já existentes. O surgimento de novos bens seria causado: a) pelo aparecimento de novas realidades; b) pela deterioração de realidades tradicionalmente abundantes; c) pelo incremento essencial de valor que experimentam, como conseqüência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí.⁴⁴

Paralelamente a isso, a temática do risco, apesar de não ser consensual quanto à caracterização e às conseqüências dele, é referência fundamental para debater as características da sociedade pós-industrial e seus conflitos. A expressão “sociedade de risco”⁴⁵ (*Risikogesellschaft*) é atribuída a Beck, que a conceitua como “uma fase de desenvolvimento da sociedade moderna em que, através da dinâmica de troca, a produção de riscos políticos, ecológicos e individuais escapa, cada vez

⁴³ Não se trata de uma explicação causal determinista, mas de razões que auxiliam a compreensão do fenômeno da ampliação desmedida do Direito Penal. Ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 27.

⁴⁵ Mendonza Buergo entende como características mais significativas da sociedade de riscos: a) a mudança na natureza e no potencial dos perigos atuais; b) a complexidade organização das relações de responsabilidade; c) insegurança objetiva e subjetiva. Os riscos tradicionais, especialmente os naturais, foram suplantados por riscos artificiais, produzidos pela atividade e pelas decisões humanas. Geralmente, a fonte desses riscos (previsíveis ou não, desejados ou não, secundários ou primários), não seria um desvio de conduta, mas a aplicação de novas tecnologias *prima facie* orientadas à promoção de fins positivamente valorados (bem-estar e promoção de segurança). Nos complexos de interação dos múltiplos processos, haveria uma substituição dos contextos de ação individual pelos de ação coletiva, diluindo, em face de uma organização complexa, a eventual responsabilidade individual por uma ação que apenas cumulativamente a outras seria significativa. A incerteza diante dos novos riscos ensejaria um sentimento de insegurança superior aos perigos objetivamente existentes ou independente da existência deles. Ver BUERGO, Blanca Mendoza. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. In: DA AGRA, Cándido *et al.* **La seguridad en la sociedad del riesgo**. Barcelona: Atelier, 2003. p. 67-89. p. 69-74.

em maior proporção, das instituições de controle da sociedade industrial”⁴⁶ ou “um estágio da modernidade em que, com o desenvolvimento da sociedade industrial até nossos dias, as ameaças provocadas ocupam o lugar principal”.⁴⁷ Paradoxalmente, a hodierna sociedade industrial, como uma sociedade de risco, continuaria a atuar segundo os pressupostos estruturais antigos de uma sociedade industrial, mesmo que as instituições da sociedade de risco, dentre elas as jurídicas e políticas, debatessem conflitos derivados da dinamicidade da sociedade industrial.

Um novo papel ao risco fora estabelecido pela sociedade de risco a partir do desenvolvimento do modelo econômico capitalista de concorrência de mercado surgido com a Revolução Industrial. A pressão por acumulação de capital demandou acelerar os processos de produção, de distribuição e de consumo de mercadorias, para o que foi imprescindível o desenvolvimento tecnológico. Porém, “a criação de novas técnicas de produção não [fora] seguida pelo desenvolvimento de instrumentos de avaliação e medição dos potenciais resultados de sua aplicação.”⁴⁸

Justamente a desconexão dos processos de desenvolvimento em relação aos perigos gerados ou desencadeados por eles ensejaria um questionamento sobre os fundamentos da sociedade industrial e uma modernização reflexiva, a “autoconfrontação com os efeitos da sociedade de risco, efeitos que não podem ser mensurados e assimilados pelos parâmetros institucionalizados da sociedade industrial”.⁴⁹ Dessa forma, cogitou-se inclusive de uma superposição dos conflitos sociais de distribuição de bens pelos de distribuição, evitação, prevenção e legitimação de riscos e danos até mesmo potenciais.

Conforme Beck⁵⁰, os modernos riscos seriam: a) ilimitáveis espacial, temporal e socialmente; b) inimputáveis conforme as hodiernas regras de

⁴⁶ BECK, Ulrich. Teoría de la sociedad del riesgo. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Las consecuencias perversas de la modernidad**: modernidad, contingencia y riesgo. Trad. Celso Sánchez Capedequí. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 201-222. p. 201.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 203-204.

⁴⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

⁴⁹ BECK, Ulrich. Teoría de la sociedad del riesgo. In: GIDDENS, Anthony *et al.* **Las consecuencias perversas de la modernidad**: modernidad, contingencia y riesgo, p. 203.

⁵⁰ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesús Albores Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002. p. 118-121.

causalidade, culpabilidade e responsabilidade; c) incompensáveis, não suscetíveis de asseguaração.

Admitindo-se o risco como predicado do agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo, não haveria risco sem possibilidade ou iminência de perigo. Assim, o risco seria anterior ao perigo e estaria situado no momento de planejamento em face de determinadas opções. Logo, o risco não seria mais apenas um dado exterior, senão interior à atividade humana e ao desenvolvimento social. Por isso, haveria uma pretensão de controlá-lo como um referencial político num sistema de gerenciamento de riscos.

Entretanto, o tempo e o espaço seriam insuficientes para a descrição da causalidade. A física quântica haveria rompido com a estabilidade dos cursos causais: “o caráter objetivo do perigo é preenchido pela probabilidade fática da ocorrência da lesão ou do dano que se quer evitar, ou seja, é um dado natural, uma situação de fato, decorrente do contexto de crise em que se insere um bem valorado.”⁵¹

Ações poderiam ter seus resultados em espaço e tempo distintos (muito afastados) dos de sua produção, especialmente na rede de interações de uma sociedade complexa. Isso obstaculizaria a imputação (de um resultado a uma conduta) e a responsabilização dos agentes causadores do risco.

Já a socialização do risco remeteria à afetação de todos – não obstante de modo desigual - pelo risco, quer beneficiados ou não pela sua produção, em razão da decisão de alguns.

Diante desse risco, remodelam-se os critérios penais acerca do risco permitido, pois o perigo dificilmente seria percebido independentemente de uma decisão humana. Cobra-se do Estado uma maior eficiência no controle e gestão do risco tanto a título de prevenção (conhecido científica e tecnicamente o risco) como de precaução.

Isso motivaria uma ampliação da responsabilidade penal ao transformarem-se paulatinamente os infortuitos em injustos. Desestabilizou-se o esquema causa-efeito dos delitos, de modo que a técnica de tipificação mais recorrente não seria mais a de lesão, e sim as de perigo, notadamente, a de perigo abstrato. Ademais,

⁵¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**, p. 31.

exasperaram-se os delitos de omissão imprópria na medida em que aumentou a interdependência dos indivíduos num contexto de crise do Estado de bem-estar.

O risco, quer de origem tecnológica ou não, comporia a dimensão subjetiva de uma sociedade de “insegurança sentida (ou como a sociedade do medo)”.⁵² Paradoxalmente, numa sociedade de extrema competitividade e interdependência, generaliza-se a desconfiança - inclusive profílicamente. Referenciais valorativos objetivos haveriam cedido espaço a um pragmatismo de consensos, permitindo que a força se tornasse um argumento poderoso.

Nessas sociedades de massa, seria identificável uma dessolidarização estrutural, acompanhada por um “individualismo de massas, no qual, a sociedade já não é uma comunidade, mas um conglomerado de indivíduos atomizados e narcisisticamente inclinados a uma íntima satisfação dos próprios desejos e interesses.”⁵³

Isso, juntamente ao desconhecimento sobre a entidade, a gravidade, a proximidade, e a duração dos riscos, culminaria com uma percepção subjetiva dos riscos superior ao risco objetivamente existente. Para isso, os meios de comunicação dessa sociedade de informação contribuiriam no sentido de estabilizar ou reforçar as sensações de medo.

Paralelamente a isso, nos Estados de bem-estar, haveria um número menor de sujeitos empreendedores comparativamente ao de sujeitos “passivos”, os sujeitos do bem estar (cidadãos, consumidores, eleitores, desempregados, pensionistas, aposentados etc.). Na sociedade pós-industrial, a segurança seria sobrevalorizada em detrimento do progressismo da sociedade de desenvolvimento industrial. Consequentemente, o âmbito do risco permitido, outrora mais amplo para viabilizar a acumulação de capital necessário ao crescimento ou à reinversão, sofreria uma redução.

Haveria uma identificação entre aqueles mesmos sujeitos “passivos” não com o autor, mas com a vítima do delito. Além de uma orientação para criminalização da conduta dos poderosos, caberia à lei penal tutelar a vítima, e não o delinqüente. Desenvolveu-se a vitimologia (*viktimologische Strafrecht*). Quanto a esse tema, Silva-Sánchez adequadamente apresenta a leitura de Jerouscheck sobre

⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 33.

⁵³ *Ibid.*, p. 27.

o raciocínio “vitimológico” - típico de uma sociedade farisaica e “pseudossolidarizada”-, mais uma solução simples e equivocada para um problema complexo:

Já que a sociedade não foi capaz de evitar que a vítima sofresse o trauma causado pelo delito, tem, ao menos em princípio, uma dívida perante ela, consistente no castigo do autor. No cumprimento dessa dívida, além disso, somente as penas de prisão e multa cumprem a desejada função simbólica. A pena – se afirma – significa muito para a vítima. Não porque satisfaça necessidades de vingança, pois na maioria dos casos não o faz. Senão porque a pena manifesta solidariedade do grupo social para com a vítima.⁵⁴

Reforçaria o recurso político ao Direito Penal como instrumento de socialização, de pedagogia social, a insuficiência ou o descrédito popular do Direito Civil, do Direito Administrativo ou da ética social como meios alternativos para a resolução de conflitos. A falta de previsibilidade das condutas, antes dirigidas por normas de uma ética social mínima, geraria a perda de confiança e a demanda por mecanismos alternativos capazes de assegurar expectativas de interação. Nesse ponto, haveria as tendências de apenas excepcionalmente considerar uma conduta lícita como imoral e de expandir a criminalização de condutas imorais. Já a pretensão da literatura civilista de tornar objetivo o “direito dos danos”, despidido da noção de culpa e vinculado ao modelo de seguros, diminuiria a eficácia preventiva do Direito Civil. Por sua vez, o Direito Administrativo, a pretexto do princípio da oportunidade, mostrar-se-ia vulnerável à burocratização e à corrupção.

No mesmo sentido, diante da ineficiência do setor público, haveria um recurso ingênuo à gestão privada do sistema de Direito Penal. A ansiedade coletiva por respostas imediatas e eficazes a problemas exigiria soluções emergenciais, para as quais os valores e os procedimentos do modelo de justiça penal clássico representariam entraves. Esse argumento efficientista fomentou um modelo de justiça negociada, de soluções pontuais, sem qualquer vinculação externa. Assim, a privatização e a desformalização do Direito Penal e de seu processo apareceriam como conseqüências da expansão penal em detrimento, sobretudo, da legalidade.

Até mesmo organizações sociais (pacifistas, ecologistas, feministas, consumidores, Organizações Não Governamentais (ONGs), associações

⁵⁴ JEROUSCHECK, Günther. **Straftat und Traumatisierung. Überlegungen zu Unrecht, Schuld und Rehabilitierung der Strafer aus viktinologischer Perspektive**, JZ, 2000. p. 185 e ss, 193 e ss *apud* SILVA, SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, p. 27.

antidiscriminatórias) que rechaçavam o recurso ao Direito Penal, entendido como instrumento de opressão das classes dominantes, cederam diante da fascinação do recurso ao mais poderoso instrumento jurídico de controle social. Ainda que de modo seletivo e antigarantista, os gestores “atípicos” da moral (*atypische Moralunternehmer*), incomuns em relação aos tradicionais gestores burgueses reacionários, dispunham do Direito Penal para tutelar seus interesses.

Essa ampliação, “modernização”, e essa instrumentalização do Direito Penal pressupuseram uma enorme pressão sobre os fundamentos garantistas do Direito Penal Clássico, cuja transfiguração possibilitou o surgimento de um Direito Penal Moderno, de que é faceta o Direito Penal Econômico.

Pensado a partir da Filosofia política do Iluminismo, o Direito Penal Clássico surgiu após a superação crítica do Direito Natural, entendido pela Filosofia idealista alemã como um direito inexistente, inalcançável, vago. Não mais se cogitava de princípios superiores, mas de um ordenamento jurídico viabilizado pelo contrato social.⁵⁵ Conforme esse contrato, a convivência social exigiria de cada indivíduo a renúncia simétrica e recíproca de parcela de sua liberdade natural em troca de uma garantia geral estatal de liberdade. O Direito penal, como *ultima ratio*, assumiu a função de garantia das liberdades pactuadas, tanto numa perspectiva de repressão quanto de libertação:

(1) Somente a violação das liberdades asseguradas pelo contrato social pode constituir crime. O bem jurídico assume aqui uma posição sistemática como critério negativo de uma criminalização legítima: não há crime sem a lesão palpável a um bem jurídico.

(2) As fronteiras da renúncia à liberdade pactuada no contrato social devem ser absolutamente precisas e densas. Deve-se evitar a todo custo, ajustes posteriores dessas fronteiras por meio de intervenções sociais ou estatais nas cláusulas do pacto social. Também as fronteiras da recíproca renúncia à liberdade entre os cidadãos não podem ficar à disposição interpretativa de qualquer terceiro, nem da justiça, muito menos do executivo. Daqui derivam o *ethos* do positivismo legal, a proibição de interpretações e comentários da norma adaptados às circunstâncias. Aqui também o princípio da certeza ou determinação da norma penal adquire seu sentido mais profundo.

(3) O estado é uma instituição derivada do Direito dos cidadãos, pelo que seu poder se fundamenta e se delimita pelo Direito dos cidadãos. O contrato social não outorga nenhum poder originário nem institui nenhum usurpador. É por isso que o poder do estado, notadamente no Direito penal, onde ele se manifesta com mais vigor, deve ser limitado por princípio concebido a partir do Direito dos indivíduos, que o precede. Daqui se extraem importantes garantias penais, como o *in dubio pro reo*, o direito a remédios

⁵⁵ Esse contrato é entendido por Hassemer não como um acontecimento real (senão excepcionalmente), mas como uma condição de realização do Direito depois do Direito Natural. HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política, p. 247.

jurídicos contra qualquer restrição de direito, o direito à defesa, ao silêncio, e princípios como o da subsidiariedade e da proporcionalidade.⁵⁶

Já sob a perspectiva da “Dialética da Modernidade”, Hassemer atesta o desenvolvimento de um Direito Penal Moderno até sua saturação, contraprodução e anacronismo. Esse direito tenderia⁵⁷: a) a um distanciamento da metafísica e, simultaneamente, a uma aproximação com o empirismo; b) à proteção de bens jurídicos como critério positivo de criminalização; c) à prevenção, antes acessória, como função predominante, a fragilizar a proporcionalidade entre delito e pena; d) à orientação para conseqüências como objetivo dominante de um direito penal instrumento de pedagogia popular, instrumento [*sola* ou *prima ratio*] de solução de conflitos. Ademais, caracterizariam tal direito: a) as reformas legislativas nas áreas da Parte Especial e da legislação extravagante (e.g. o Direito Penal Econômico, Ambiental, criminalidade organizada), para tutelar instituições sociais e o próprio Estado, em detrimento de temas da Parte Geral, da execução penal e da democratização; b) os seus instrumentos, principalmente a tutela de bens jurídicos universais (vagos e genéricos) – diversos de uma tutela imediata de bens jurídicos individuais precisamente descritos – e os crimes de perigo abstrato, a dispensar a prova do dano, do nexu causal, da periculosidade da conduta e a reduzir os pressupostos da pena, da punibilidade, as possibilidades de defesa, a visibilidade e a percepção do injusto; c) as suas funções de “prevenção de ilicitudes futuras”, de produção de conseqüências e de garantia de uma política de segurança pública; d) problemas como o déficit de implementação e a sua redução à funções simbólicas; d) os seus custos às tradições de um Estado de Direito, o que se perceberia pelas conseqüências da aplicação dos crimes de perigo abstrato, pela relativização de garantias processuais penais, pela “flexibilização” dos conceitos clássicos de autoria, de participação, de dolo, de culpa, de culpabilidade, de imputação de resultado, tudo a pretexto da tutela de bens jurídicos universais.

Essas novas tendências e características do Direito Penal Moderno representariam uma ameaça de inversão do curso de sua modernização. Desse modo, o agigantamento do Direito penal contrastaria com as exigências de um

⁵⁶ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 191-194.

⁵⁷ *Ibid.*, 194-204.

Direito Penal mínimo, seja a partir de: a) uma avaliação da injustiça da pena, útil apenas à reprodução das relações de domínio, e dos direitos humanos como referência da restrição da intervenção punitiva penal (Baratta⁵⁸); b) um Direito penal garantista como modelo no extremo oposto de um Direito penal máximo, considerando-se a intensidade das garantias e os aspectos qualitativo e quantitativo das proibições de um sistema jurídico (Ferrajoli⁵⁹); c) um Direito Penal Básico (*Kernstrafrecht*), cuja pretensão é a de reduzir o Direito Penal a seu núcleo básico (condutas extremamente atentatórias à vida, à saúde, à liberdade e à propriedade – Escola de Frankfurt).⁶⁰

Em face do exposto, parece indubitável que, ao menos dogmática e ideologicamente, são as modificações históricas do conceito de bem jurídico as responsáveis por grande parte da legitimação da hodierna política penal dos Estados Democráticos de Direito no capitalismo neoliberal. Justamente a transformação desse referencial material e a concepção de bens jurídicos universais (coletivos) explicam a aceitação da “tutela” da ordem (jurídica) econômica pelo Direito Penal Econômico e o recurso incessante aos delitos de perigo (principalmente os de perigo abstrato) para tal.

3.1.2 Principal ponto de inflexão: o conceito de bem jurídico

Historicamente, segundo uma dada perspectiva de fundamentação do sistema penal, o conceito de bem jurídico apresenta-se multifário e irrompem importantes modificações em seus pressupostos e funções.⁶¹ Conforme destacou

⁵⁸ BARATTA, Alessandro. **Positivismo giuridico e scienza del diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1966.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, p. 20-21.

⁶¹ O debate sobre as distintas funções (critério e/ou objeto de criminalização; negativa/positiva; intrassistemática/extrassistemática) será desenvolvido no item (3.2.2), momento oportuno para, ao criticar os objetivos manifestos do discurso jurídico oficial do Direito Penal, revelar a que realmente correspondem o Direito Penal Econômico e a tutela da ordem econômica.

Juarez Tavares⁶², a idéia de bem jurídico nasce num contexto de grande produção e de incremento do consumo no processo econômico de desenvolvimento do capitalismo industrial. Gradualmente, à símile da fetichização e da metamorfose das mercadorias, o bem jurídico haveria perdido seu substrato material até ser meramente um pressuposto formal, como assim já ingressara na teoria de Binding. Mesmo a proposta pós-moderna funcionalista jakobesiana de substituição do bem jurídico pela estabilização normativa retrataria uma evolução da vida material comprometida penas com a manutenção das regras de organização.

Não obstante a enorme variação histórica desse conceito, seria possível distingui-lo em quatro correntes⁶³: a positivista, a neokantiana, a ontológica e a funcionalista. Essas correntes seriam caracterizadas por determinadas orientações, mas os argumentos defendidos por alguns de seus autores nem sempre corresponderiam fielmente aos fundamentos de suas correntes. Isso porque haveria difusão de diversas ideologias e finalidades do Direito Penal e a escolha do que poderia ser o bem jurídico seria política acerca do que se pretendesse com sua proteção.

O positivismo consideraria os antecedentes causais como pressuposto de qualquer norma. Assim, o positivismo jurídico reduziu o bem jurídico a um elemento da norma ou à sua finalidade, pois compreendia que esta conteria todos os objetos jurídicos conforme a vontade do Estado.

A proposta de Binding⁶⁴ alinhou-se a um positivismo naturalista. A lei, o costume ou o espírito do povo sintetizariam uma vontade geral afim a um organicismo social. A vida social seria entendida como a resultante de pretensões individuais, exteriorizadas pelo exercício da capacidade individual de contratar. Proteger os interesses subjetivos concretos seria um fundamento utilitarista da norma penal.

⁶² TAVARES, Juarez. **Bien jurídico y función en derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 20-22.

⁶³ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 177.

⁶⁴ BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertragung**. Leipzig: Weidmann, 1992. p. 188. v. 1 *apud* TAVARES, Juarez. **Bien jurídico y función en derecho penal**, p. 24.

Von Liszt, um positivista naturalista, definira o bem jurídico como as “condições vitais da comunidade estatal”.⁶⁵ A origem dos interesses seria a vida, mas a qualidade de bem jurídico, uma atribuição normativa. Essa posição de Liszt mereceu crítica por sua indiferença quanto aos motivos e as valorações legislativas úteis à eleição de determinados interesses preexistentes à norma como bens jurídicos. Tal traço positivista permitiria formular esse conceito por mero ato de autoridade, alheio a qualquer referência empírica.

Sob perspectiva diversa, o neokantismo substituiu a noção de sujeito pela de totalidade, a de bem material pela de valor cultural hipotético inerente às normas de cultura como dado prejurídico de qualquer processo legislativo. Assim, Mezger e Honig definiram o bem jurídico como “um valor identificado com a finalidade da norma e como elemento de todos os pressupostos do complexo total de cultura de que emana o Direito”.^{66,67} Ainda neokantiano, o conceito de Mayer⁶⁸ diferenciou o bem jurídico da finalidade da norma, mas o manteve atrelado ao de valor. A apreensão de determinados interesses como objeto de proteção do ordenamento jurídico sempre seria posterior à feita pelas normas culturais. Destarte, novamente, o bem jurídico seria apenas um pressuposto formal de criminalização dotado de função sistemática, classificatória e retórica. Não se questionava a legitimidade da norma penal.

Todavia, em Welzel, apesar de o bem jurídico continuar a proteger a norma, ele é gradualmente substituído por valores ético-sociais. O axiomático dever incondicional (categórico) transcendente, vinculado ao sentido que se deveria dar à conduta humana, consistiria na origem da imperatividade normativa. Na consciência de cada um, esse sentido constituiria um modelo de ação.

Este projeto [modelo] não constitui um elemento da ação, senão um depósito de dados sobre o conteúdo do dever, mediante os quais o homem

⁶⁵ VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguet, 1999. p. 94.

⁶⁶ MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Trad. José Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 402-406.

⁶⁷ MEZGER, Edmund. **Derecho penal - parte general**. Buenos Aires: editorial Bibliografica Argentina, 1958. p. 78-79.

⁶⁸ MAYER, Max Ernst. **Normas jurídicas y normas de cultura**. Trad. José Luis Gusmán Dalbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 108, 406.

procura esclarecer o sentido de seu 'ser no mundo' e interpretar os fins de sua conduta, segundo as orientações de valor dadas.^{69,70}

Esse projeto não poderia ser conhecido integralmente e o ser humano apenas poderia considerá-lo caso transformasse a transcendência dos valores em entes imanentes de sua própria consciência e razão. A existência desses valores ético-sociais orientadores de condutas e determinantes da responsabilidade do autor seriam condicionados pela falibilidade física, pela diferença sexual e pela sociabilidade humanas. Esses aspectos do ser situariam a pessoa, a família, o patrimônio e o Estado - valores sociais elementares - como base de qualquer projeto social protetivo. Seria imanente à consciência de cada qual, ao exteriorizar seu projeto de ação, a obediência àqueles valores ético-sociais como um dever geral derivado de uma lei moral transcendente.

Essa posição seria criticável por seu subjetivismo. Confundem-se as proteções jurídica e moral e se torna secundária a identificação de dados materiais protegidos como bens jurídicos. Definido o bem jurídico como um estado social, um bem vital do indivíduo ou da comunidade, incrimina-se a antissociabilidade e se oculta, sob a universalidade, a desigualdade, a divisão social.⁷¹ A descoberta desses valores ético-sociais é inconstante e torna o conteúdo de orientação programática de condutas, mediante o Direito Penal, suscetível a ideologias políticas criminais. Isso é o que se verifica no conceito ontológico de bem jurídico, adequado a um "Estado de bem-estar social, em que o processo de geração de riqueza se vê associado a um fundamento ético, em sua base material, que cria a expectativa de que pode ser repartida por todos, como um bem vital da comunidade."⁷²

Já no contexto de um Estado Mínimo, os diversos modelos funcionalistas (estrutural, funcional próprio e funcional impróprio) trabalham o conceito de bem jurídico pressupondo ser a finalidade do Direito Penal estabilizar a norma penal como instrumento para manter o sistema normativo.

⁶⁹ WELZEL, Hans. **Naturrecht und materiale Gerechtigkeit**. Göttingen: [s.n.], 1957. p. 242 *apud* TAVARES, Juarez. **Bien jurídico y función en derecho penal**, p. 27.

⁷⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 6-8.

⁷¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 23.

⁷² TAVARES, Juarez. **Bien jurídico y función en derecho penal**, p. 33.

A perspectiva estrutural afirma a norma penal como instrumento de controle social, de garantia e de legitimação do autocontrole do poder político. A estabilidade estatal, garantida pela reprodução do sistema (relação *input/output*; perturbação, conflito/reação, intervenção, sanção) e pela manutenção de fundamentos de convivência, seria condição de legitimidade do poder e da norma penal como seu instrumental. Muñoz Conde “entende como necessários à convivência, alguns pressupostos existenciais que, conforme a sua utilidade, são considerados bens jurídicos, no sentido de que a ‘pessoa deles necessita para sua autorrealização e desenvolvimento de sua personalidade na vida social.”⁷³

A proposta funcionalista de Jakobs parte de uma leitura contratualista autoritária e desemboca na substituição da noção tradicional de bem jurídico (pressupostos ou interesses existenciais) pela de validade da norma penal, cuja finalidade seria a de garantir a expectativa de condutas conformes ao direito. O conceito de “bem jurídico-penal”⁷⁴ consistiria na validade fática das normas, das quais se poderia esperar a proteção conseqüente daquilo que se entendia por bens jurídicos, as funções e a paz jurídica.

Numa perspectiva contratualista mais liberal, Roxin, para restringir o poder punitivo estatal, fundamenta político criminalmente o conceito de bem jurídico na Constituição. Define-se o bem jurídico como:

[...] dados da realidade ou determinados objetivos, úteis ao funcionamento do sistema, ou do indivíduo e seu livre desenvolvimento nos limites de um sistema global, estruturado sobre a base da representação desses fins ou para o funcionamento do próprio sistema [...] ⁷⁵, [ou melhor], [...] circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.⁷⁶

⁷³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal. Parte general**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 63 e ss.

⁷⁴ JAKOBS, Günther. **Strafrecht (Allgemeiner Teil), Die Grundlagen und die Zurechnungslehre**. Berlin: Walter De Gruyter, 1993. p. 36-37 *apud* CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**, p. 461.

⁷⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general (Tomo I). Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena *et al.* 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 56.

⁷⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16-20.

Esses dados preexistiriam à lei penal, mas não à Constituição, e poderiam derivar dos direitos constitucionais.

Partindo do pressuposto de que as normas penais, num Estado Democrático de Direito, objetivariam apenas garantir aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, assegurando a todos os direitos humanos, o fim do Direito Penal seria a proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos. Outrossim:

O Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor.⁷⁷

Sobre essa teorização funcionalista, correspondente aos objetivos declarados do discurso jurídico oficial contemporâneo, é que se alicerçou preponderantemente a dogmática do próprio Direito Penal econômico, orientado à tutela da ordem econômica.

3.2 EMBATE: OBJETIVOS DECLARADOS *VERSUS* REAIS

Em consonância com a proposta metodológica deste trabalho, promove-se a seguir o contraponto da ideologia penal oficial de legitimação e de instrumentalização do Direito Penal Econômico com uma visão crítica de seu papel social.

3.2.1 Discurso oficial: construção dogmática no sistema jurídico (brasileiro)

O Direito Penal Econômico hodierno compreende um âmbito especial do Direito Penal, numa “espécie de entreposto – se bem que pertence ainda ao direito

⁷⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**, p. 17-18.

penal – entre o direito das contra-ordenações e corresponde ao modo-de-ser actual do tradicionalmente chamado direito penal administrativo.”⁷⁸

A expansão do direito administrativo, motivada por razões jurídicas, políticas, económicas e ideológicas, ensejou o surgimento de um direito penal administrativo. Inicialmente, não se subordinou ao ordenamento jurídico o ordenamento policial do Estado de Polícia iluminista, atrelado à proteção imediata de diversos interesses. No contexto jurídico jusnaturalista, em que se opunha a Administração à ordem jurídica, o direito penal policial ocultava o direito penal administrativo. Entretanto, o surgimento de um Estado de Direito formal, após a Revolução Francesa, sujeitou a Administração ao princípio da legalidade. A atividade administrativa de poder de polícia incluiu dentre suas finalidades a “proteção, não mais de direitos subjetivos determinados, mas de uma série mais ou menos determinada de perigos de violação daqueles direitos.”⁷⁹

As relações entre um direito penal de justiça e o penal administrativo entraram em crise ao final da Primeira Guerra Mundial, expondo a crescente necessidade de intervenção estatal na Economia, principalmente após a crise de 1929, como um marco da derrocada do modelo liberal de ordem económica. A ascensão de um Estado de bem-estar constitucionalmente responsável pela efetivação de direitos fundamentais mediante prestações (negativas e positivas) conformes às diretrizes constitucionais expressas em políticas públicas estimulou o recurso à pena como reforço das sanções administrativas. Isso culminou com a coexistência entre o direito penal tradicional e uma espécie de *Nebenstrafrecht*⁸⁰,

[...] o direito penal administrativo: no preciso sentido de que sanciona, com *penas*, a violação de ordenações da *Administração* e se apresenta assim

⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal económico**. São Paulo: RT, 2000. p. 11-63. p. 61.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 13.

⁸⁰ Segundo esse autor “[...] o direito penal secundário é o conjunto de normas de natureza punitiva que constituem o objecto de legislação extravagante e contém, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de carácter administrativo”. DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal económico**, p. 24.

como direito administrativo, senão segundo a competência, por certo segundo a matéria.⁸¹ (grifo do autor).

Contemporaneamente, a juridicidade do direito penal administrativo - e, extensivamente, do direito penal (administrativo) econômico - implicaria considerá-lo num Estado de Direito material (Estado de Direito social). Para determinar tal juridicidade, não seria suficiente o formalismo procedimental de um Estado de Direito Formal, desvinculado de qualquer conteúdo material ou sentido axiológico, ou a vinculação do Direito somente à realização de suas finalidades ideológicas, como num Estado puramente Social. No contexto de garantia e de promoção de direitos fundamentais, segundo os pressupostos procedimentais (formais) e axiológicos (materiais) constitucionais, caberia ao Estado promover a personalidade humana. Isso implicaria o dever estatal de proteção das esferas humanas de atuação “pessoal” e “social” como âmbitos de realização humana. Neste ponto, verifica-se o cerne da contribuição funcionalista de Roxin para legitimar a construção do Direito Penal Econômico, admitindo-se a criminalização de condutas ameaçadoras ou perigosas a bens jurídicos supraindividuais (coletivos *lato sensu*):

Rege aqui a idéia de que a **função do direito penal** - de *todo* o direito penal, **inclusive do direito penal administrativo** – é a **proteção de bens jurídicos**, considerados como interesses socialmente relevantes cuja defesa é **condição indispensável** do livre **desenvolvimento** da **personalidade** humana [...]. E de que, assim, a **elevação de um interesse à categoria de bem jurídico depende essencialmente, não tanto do ‘sistema social’ qua tale, quanto da ordem axiológica jurídico-constitucional como expressão do espaço de consenso comunitário** sem o qual a ordem jurídico-penal não pode ser pensada em termos democráticos. Deste modo se abre caminho para que os bens jurídicos do direito penal administrativo se não apresentem vagos e abstratos, mas ganhem medida indispensável de especialização e de concretização. [...] No âmbito do direito penal administrativo, a atuação da **personalidade** do homem apenas é possível como **fenômeno social**, em comunidade e em dependência recíproca dela.⁸² (grifo nosso).

Entre a ordem axiológica constitucional e a legal de bens jurídicos haveria uma analogia material. A primeira ordem seria um referencial abstrato e um critério de regulação do exercício de poder punitivo estatal. Nesse sentido, os bens jurídicos

⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal económico**, p. 15.

⁸² *Ibid.*, 40-42.

protegidos pelo direito penal administrativo concretizariam valores constitucionais relativos aos direitos sociais e à organização econômica.

Desse modo, nos países capitalistas ocidentais sob a influência da literatura jurídico-penal alemã, legitimou-se a tutela penal da ordem econômica contemporânea. Essa ordem, diferentemente da liberal, seria caracterizada por: a) uma infinidade de instituições e regras jurídicas diretamente dirigidas à economia (direito da empresa, direito sindical, direito dos contratos coletivos, direito da concorrência, direito das corporações econômicas etc.); b) uma transladação, tradução, de categorias econômicas em jurídicas e diversificação funcional dos institutos jurídicos (alteração do conceito clássico de propriedade, de contrato, de pessoa jurídica, de ordem pública, de serviço público...); c) transplantação do centro de gravidade da ordem jurídica da economia do direito privado para o direito público, mediante deslocamento, complementação ou criação de novos domínios econômicos.⁸³

Aliás, parece ser diante da abrangência da ordem (jurídica econômica), que, no Projeto Alternativo de Código Penal (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*) da República Federal Alemã, publicado já em 1977 após a formação de uma Comissão de *expertises* para a “luta” contra a delinqüência econômica em 1972⁸⁴, sistematizaram-se, em trinta e cinco parágrafos na parte especial e sob o título de “Delitos contra a Economia”, estes sete capítulos:

- a) capítulo I: delitos contra a livre concorrência e os consumidores, incluindo diversas práticas restritivas da concorrência, atuação desleal em concorrências públicas, publicidade enganosa, corrupção no exercício de atividade econômica;
- b) capítulo II: delitos contra as empresas, entre os quais a revelação de segredos industriais ou comerciais, a difamação comercial, algumas infrações contra a propriedade industrial e o delito societário de administração desleal de patrimônio alheio;
- c) capítulo III: crimes contra os instrumentos de pagamento e crédito, entre os quais merecem destaque os delitos de estelionato de crédito e estelionato de inversão de capital, ao lado de abusos em matéria de cheques e de letras de câmbio;
- d) capítulo IV: delitos contra as bolsas, circunscritos à figura de abuso de informação privilegiada no mercado de valores e a uma figura de influência enganosa sobre valores;
- e) capítulo V: delitos relativos às insolvências puníveis;

⁸³ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987. p. 72-78.

⁸⁴ TIEDMANN, Klaus. La reforma del derecho penal economico alemán y el proyecto de código penal tipo para iberoamerica. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 20, p. 593-603, 1983. p. 593.

- f) capítulo VI: delitos societários pertinentes à prestação de contas em âmbito comercial, compreendendo três figuras de falsidades na informação social (falsidade em balanços ou outros documentos sociais de caráter público, falsidades de informações internas dirigidas aos sócios e os informes falsos aos auditores);
- g) capítulo VII: infrações contra a Fazenda Pública, ou seja, a sonegação fiscal e a fraude de subvenções (mau emprego das rendas públicas).⁸⁵

Essa menção à pretensão de sistematicidade⁸⁶ da matéria objeto do Direito Penal Econômico no Projeto Alternativo do Código Penal Alemão expõe as dificuldades de tentar-se definir criminológica, criminalística ou dogmaticamente o delito econômico. É que, como apontam Figueiredo Dias e Manuel Andrade, a instabilidade, a dinamicidade, a historicidade e o caráter nacional do Direito Penal Econômico “condenam inescapavelmente os autores ao desencontro, porquanto têm de haver-se com realidades diversas.”⁸⁷

Para esses autores, a proposta de Sutherland, o conceito de *white-collar crime* (crimes praticados por pessoas de escalões sociais superiores, pessoas de certas profissões, ou no domínio da empresa), seria obviamente insuficiente e inadequada em termos jurídicos e político-criminais.

Já as definições criminalísticas, ao conceber os delitos econômicos como “crimes patrimoniais qualificados apenas pela complexidade de sua prática e, conseqüente, da sua investigação”, seriam dogmática e político-criminalmente insuficientes por considerar como essencial uma característica normal desse fenômeno criminal.

⁸⁵ Embora o Código Penal alemão não tenha adotado a orientação desse projeto, é inegável a influência dele e de toda a construção dogmática alemã sobre o Direito Penal Econômico Iberoamericano, ainda que este estivesse inicialmente sob forte influência da legislação penal antimonopolista (pioneira) norte americana. Ver BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Econômico**, p. 181-182. Para um estudo detalhado sobre as influências alemã e norteamericana na construção histórica do Direito Penal Econômico em perspectiva comparada, ver RIGHI, Esteban. **Derecho penal econômico comparado**. Buenos Aires: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

⁸⁶ Diferentemente da dispersão da normativa penal econômica do Direito Penal Econômico dos países capitalistas, o dos países socialistas foi, geralmente, codificado (e.g. a DDR. E a Iugoslávia) e apresentou uma unidade interna estrutural voltada “[...] ao serviço da ‘actividade dirigente do estado socialista no plano econômico’ e [visou] sancionar ações dirigidas contra o monopólio estadual de direção e propriedade, ou ações que traduzissem um ‘abuso de formas de competência próprias das sociedades capitalistas’”. Ver: ANDRADE, Manuel da Costa e DIAS, Jorge de Figueiredo. Problemática geral das infrações contra a econômica nacional. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: RT, 2000. p. 65-98. p. 74.

⁸⁷ ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**, p. 81-90.

Noutro sentido, definir o delito econômico pressupondo uma violação da confiança, indispensável à economia, desembocaria na necessidade de atrelar essa violação a uma lesão ou perigo a um bem jurídico como a própria ordem econômica.

Sob uma perspectiva estritamente jurídica, o Direito Penal Econômico seria definido em função do Direito Econômico como “a soma das normas jurídico-penais que se situam no espaço coberto pelo Direito Econômico”⁸⁸, definido como “o conjunto de normas que regulam a vida e as actividades económicas e dos preceitos que de alguma forma se relacionam com a produção e distribuição dos bens económicos”.⁸⁹ Essa construção remete a um conceito muito variável, o de Direito Econômico, e, por isso, seria mais adequada à literatura jurídica alemã, em que Direito Econômico significa de forma mais consensual o conjunto de normas jurídicas da intervenção (direção e promoção) do Estado na economia. Assim, para essa doutrina, o Direito Penal Econômico conteria normas úteis à defesa da economia nacional ou de suas instituições fundamentais, de modo que o delito econômico consistiria numa conduta de afetação (lesão ou perigo) da ordem econômica, um bem supraindividual.

Entretanto, a observância dos princípios político-criminais da proporcionalidade, da lesividade e da proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos pelo direito penal demandou distinguir rigorosamente os ilícitos situados numa zona cinzenta entre o administrativo e o penal. Nesse sentido, o direito das contraordenações, especialmente em Portugal, apareceu como limite (negativo) a um direito penal administrativo, em cujo âmbito se manifestava uma tutela da ordem econômica levada a cabo pelo Direito Penal Econômico. A diferença material entre os ilícitos (penal e de contraordenação) seria a “indiferença ética” de suas condutas: independentemente do desvalor da ilicitude, haveria condutas previamente acompanhadas por reprovações culturais, sociais e morais e essas integrariam o ilícito penal; já as axiologicamente neutras, o de contra-ordenação, conforme a discricionariedade legislativa.

⁸⁸ BAUMANN, J. **Wirtschaftsstrafrecht**, Staatslexikon, 6, Aufl. Bd 8, 1963 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**, p. 84.

⁸⁹ *Id.*

O que no direito de contra-ordenação é axiologicamente neutral não é o ilícito, mas a conduta em si mesma, divorciada da proibição legal – sem prejuízo de, uma vez conexcionada com esta, ela passar a constituir um substrato idôneo do desvalor ético-social.⁹⁰

Em razão da advertência daqueles doutrinadores portugueses sobre o problema da definição do delito econômico e da necessidade de contextualizá-la, é prudente entendimento de Juarez Cirino de que “a definição legal de crime econômico só pode ser constituída com base nas descrições legais dessas condutas anti-sociais: o ponto de partida é o recorte do material legislativo existente.”⁹¹

Durante essa investigação da legislação penal brasileira, esbarra-se na dificuldade de “conceber unitária e homotipicamente as infrações de Direito Penal Econômico”.⁹² Esse comentário de Nilo Batista, proferido antes mesmo da aprovação da reforma da parte geral do Código Penal (Lei nº 7.209/1984)⁹³ e da atual Constituição, continua pertinente, assim como a percepção de que

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal económico**, p. 31.

⁹¹ **CIRINO DOS SANTOS**, Juarez. Direito Penal Econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, n. 3, p. 196, jan./jun. 1982.

⁹² BATISTA, Nilo. Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 78-89, jan./jun. 1982. p. 82.

⁹³ Àquela época, Nilo Batista mencionou tipos legais presentes: a) no Código Penal (artigos: 172, crime de duplicata simulada; 175, fraude no comércio; 177, fraudes e abusos na fundação ou administração de empresas; 187-196, crimes contra o privilégio de invenção, marcas de indústria e comércio e de concorrência desleal, revogados pelo artigos 169-189 do Decreto-Lei nº 7.903 de 1945; 272, 273, 274, 279, adulteração ou falsificação de substâncias alimentícias ou medicinais, da fabricação de produtos com violação de disposições da legislação sanitária, ou da venda ou manutenção em depósito de substância alimentícia ou medicinal avariada); b) na legislação especial (Leis nº: 1.521/51, crimes contra a economia popular; 4.591/64, crimes e contravenções penais nas incorporações, construções e vendas imobiliárias em condomínio, artigos 65 e 66; 4.595/64 – crimes relativos às instituições bancárias e financeiras, empréstimo irregular a administrador, artigo 34, inc. I, §1º, sigilo bancário, artigo 38, § 7º e instituição financeira clandestina, artigo 44, § 7º; 4.728/65, crimes relacionados ao instituto da alienação fiduciária em garantia, artigo 66, § 8º, e à impressão, fabrico ou comercialização irregular e não autorizada de ações de sociedades anônimas, artigos 73 e 74; 4.729/65, crime de sonegação fiscal; 5.741/71, esbulho possessório de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação, artigo 9º; 6.453/77, crimes na exploração e utilização irregular de energia nuclear, artigos 19-27; 6.649/79, contravenções penais na locação de imóveis urbanos; 6.766/79, crimes no parcelamento irregular no solo urbano e nas vendas de loteamentos irregulares, artigos 50-52 e Decretos-lei: nº 7.661/45, crimes falimentares, artigos 186-199; nº 16, de agosto de 1966, criminalização da produção, do comércio e do transporte clandestino de açúcar e de álcool; nº 47, de 18 de novembro de 1966, criminalização do transporte de café de comercialização proibida; nº 73, 21 de novembro de 1966, criminalização da administração de sociedades seguradoras de que decorra insuficiência de reservar, artigo 110). Ver BATISTA, Nilo. Concepção e princípios do Direito Penal Econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, p. 80.

“realisticamente, o que se verifica são agrupamentos de delitos, de forma improvisada e às vezes conflituosa, em torno de certos sucessos da vida econômica ou financeira”⁹⁴, distribuídos segundo critérios variáveis (ora o bem jurídico, ora o sujeito passivo ou o ativo e ainda as políticas econômicas).

Sem provavelmente esgotá-lo, Baldan⁹⁵ descreve este largo espectro de delitos econômicos em espécie: crimes contra a ordem econômica (Lei 8.137/90, artigos 4º e 5º; Lei 1.521/1951, artigo 3º); crimes contra a economia popular e as relações de consumo (Código Penal, artigo 175; Lei 1.521/1951, artigos 2º e 3º; Lei 8.137/1990, artigos 6º e 7º; Lei 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor -; jogos de azar, Decreto-lei 9.215, restabelecendo a vigência do artigo 50, §3º, “a”, do Decreto-lei 3.688/1941); crimes contra a saúde pública (Código Penal, artigos 272-285; Lei 8.137/1990, artigo 7º, XI); crimes contra os direitos trabalhistas e previdenciários (Código Penal, artigos, 132, 149 e 197-207; contravenções penais, Dec. Lei 3.688/1941; Lei 7.716/1989, artigos 3º e 4º, Lei 9.029/1995, artigo 2º); estelionato (Código Penal, artigo 171); loteamentos clandestinos (Lei 6.766); crimes fiscais (Lei 8.137/1990); fraude à previdência social (Código Penal, artigo 168-A, introduzido pela lei 9.983/2000 e artigo 337-A); crimes falimentares (Lei 11.101/2005, Capítulo VII); malversação de fundos públicos – improbidade em geral e fraudes em licitações públicas (Código Penal, artigos 312-327, crimes contra regularidade das licitações e contratos da Administração Pública, Lei 8.666/1993, artigos 89-98); reciclagem de capitais (Lei 9.613/1998, alterada pela Lei 10.701/2003); receptação (Código Penal, artigo 180); crimes contra a propriedade imaterial (crimes contra a propriedade intelectual – Código Penal, artigo 184; crimes contra a propriedade industrial, Lei 9.279/1996 – crimes contra patentes, desenhos industriais, registro de marca ou por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda, delitos contra indicações geográficas e demais indicações e ainda crimes de concorrência desleal); crimes cambiários (Código Penal, artigos 289-291; Lei 1.521/1951, artigo 4º, “a”); crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986); delitos societários (Código Penal, artigo 177).

Assim, permanece válida esta definição legal mais geral do Direito Penal Econômico brasileiro, proposta por Juarez Cirino:

⁹⁴ BATISTA, Nilo. Concepção e princípios do Direito Penal Econômico, inclusive/ a proteção dos consumidores, no Brasil. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, p. 82.

⁹⁵ BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Econômico**, p. 193-257.

[...] setor especial do Direito Penal que tem por objetivo a proteção do patrimônio do consumidor, do interessado/sócio em sociedade por ações, do investidor, do participante no sistema de livre empresa, dos credores desses participantes, da população e do Estado, pela incriminação de práticas fraudulentas, monopolísticas e imprevidentes.⁹⁶

Essa definição supõe a proteção destes valores: a) na esfera das relações internas das empresas, o patrimônio dos interessados/sócios em sociedades por ações; b) na esfera das relações entre as empresas, o patrimônio imaterial destas; c) na esfera das relações entre as empresas e seus credores, o patrimônio destes; d) na esfera das relações tributárias, o patrimônio do Estado; e) na esfera da economia popular, o sistema de concorrência, os fundamentos econômicos do sistema da livre empresa, o patrimônio e a liberdade do consumidor.

Esses pressupostos e valores do Direito Penal Econômico brasileiro são o substrato de sua crítica.

3.2.2 Discurso crítico: por debaixo mera “proteção” penal da ordem econômica

O Direito Penal Econômico capitalista, inclusive o brasileiro, é instrumental à manutenção de um regime de produção capitalista: “os interesses e valores que visa proteger, em última análise, são os interesses e valores que asseguram a existência e continuidade de tal sistema.”⁹⁷

As normas penais econômicas são expressões da administrativização do direito penal num Estado da prevenção. Na sociedade de riscos, esse Estado assumiu a “distribuição dos bens produzidos na sociedade civil, o controle de sua

⁹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal Econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, p. 196.

⁹⁷ Quanto a isso, Nilo Batista esclarece que “estando a propriedade privada dos meios de produção suficientemente protegida pelos crimes contra o patrimônio, que constam no Código Penal, ao Direito Penal Econômico incumbe velar por certos aspectos isolados, que dizem com respeito à integralidade do sistema; o resultado é uma miríade de interesses, que muitas vezes disfarça o conteúdo final e básico das regras jurídicas”. Ver BATISTA, Nilo. Conceção e princípios do Direito Penal Econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, p. 82.

produção e ainda a administração dos riscos que a acompanha”.⁹⁸ Promover a segurança de bens jurídicos como a ordem econômica é um mote para a instrumentalização do sistema punitivo. A normativa penal econômica é assistemática, acessória, subrogatória, das normas interventivas da administração pública da ordem econômica e constitui uma resposta contingente a situações, sobretudo econômicas, emergenciais numa conjuntura de transferência da responsabilidade política legislativa (sobre decisões programáticas) e executiva à discricionariedade judicial (direito penal jurisprudencial).

Num Estado da Prevenção, aceitar a tutela (?!)⁹⁹ penal da ordem econômica pressupõe confundir bem jurídico com função e com o objeto material de referência normativa, suplantando a função defensiva do bem jurídico por uma promocional.

⁹⁸ DENNINGER, E. Der Präventions-Staat. **Kritische Justiz**. XXI, 1998. p. 1-15 *apud* BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-24, jan./mar. 1994. p. 13.

⁹⁹ Sobre a possibilidade de ser o bem jurídico objeto de tutela penal, Juarez Cirino e Zaffaroni divergem e atribuem à posição oposta uma vulnerabilidade a um discurso sistêmico, antigarantista. Para o primeiro, fundamentado nas posições de Roxin, Jescheck/Weigend, Bustos Ramírez, Albrecht e Baratta, o bem jurídico seria critério de criminalização justamente por ser objeto de tutela penal e pareceria insuficiente a argumentação contrária, dado que: a) a proteção dos bens jurídicos continuaria subsidiária e fragmentária; b) a proteção de bens jurídicos pela criminalização não excluiria a necessidade de que eles fossem relevantes; c) esses bens derivariam da constituição, o que impediria a criminalização de vontades do poder e de expectativas normativas. Todavia, Zaffaroni defende a noção de bem jurídico afetado (limitador), em contrapartida à de bem jurídico tutelado (promocional, espiritualizado, vontade do estado). A proteção de bens jurídicos não seria pressuposto dos tipos penais, pois essa proteção não possuiria conteúdo real, já que a única coisa suscetível de verificação seria que a lei penal confisca um conflito danoso ou perigoso a um bem jurídico. Não se haveria demonstrado que a formulação típica de uma conduta protegesse um bem jurídico. Essa proteção seria um referencial meramente formal. O sentido protetivo real que se pretenderia atribuir à norma penal resultaria de uma confusão do caráter fragmentário com o caráter sancionador da legislação penal (objeto de interpretação). O direito penal (saber ou ciência penal) não seria constitutivo, mas sancionador; não haveria bem jurídico algum criado pela lei penal; o direito penal apenas extrairia de outros ramos do direito as suas raízes protetivas. Por isso, não tomaria os bens jurídicos como objeto de tutela, mas apenas como forma de delimitação do injusto. Ver, respectivamente: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**, p. 14-15 e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 178-183. Não obstante isso, parece haver uma contradição no pensamento de Zaffaroni ao empregar a expressão ‘bem jurídico penalmente tutelado’ em sua definição de bem jurídico. Ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2004. p. 439. Em última análise, essa discussão parece reconduzir à “questão dos conteúdos da tutela colocada em termos de qualidade intrínseca dos bens jurídicos [que] é afinal uma questão tão impossível de se resolver que acaba por tornar-se vã”. Ver BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 10.

Juarez Tavares¹⁰⁰ esclarece e desfaz essa confusão. Afim com perspectiva personalista do conceito de bem jurídico proposta por Zaffaroni (“relação de disponibilidade do sujeito para com um objeto”¹⁰¹), Juarez Tavares concebe esse bem como um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social; um valor (antes objeto de referência do sujeito) incorporado à norma como seu objeto de preferência real; um elemento primário da estrutura do tipo, a que se deveriam referir a ação típica e todos os demais componentes. Esse autor, atento às funções programáticas de um sistema penal “protetivo” (expansionista) antagônico à limitação do poder punitivo, explica que:

A **principal fonte de confusão** entre bem jurídico e função é a **indefinição acerca do objeto de referência da norma**. O bem jurídico constitui simultaneamente um **objeto de preferência**, como um **valor** vinculado à finalidade do ordenamento jurídico em torno da proteção da pessoa, e **objeto de referência**, como **pressuposto de validade** da norma, ou de sua própria eficácia, ao subordiná-la à demonstração de sua lesão ou colocação em perigo. A doutrina tem elaborado, indistintamente, mediante essas duas categorias, os modos de expressão do bem jurídico, sem considerar para isso que a **segunda constitui objeto da primeira**. Na medida em que se toma o **bem jurídico somente como objeto de referência**, é fácil **confundi-lo com qualquer função**, pois essa função apenas controla a validade e a eficácia da norma. Para torná-lo um objeto de garantia, e não simplesmente de incriminação, é indispensável pensá-lo como objeto de preferência vinculado a um valor.¹⁰² (grifo nosso).

O injusto penal, delimitado pelo bem jurídico como objeto de referência da incriminação, pressuporia um bem jurídico efetivamente afetado. A base da ação típica nuclear ao tipo seria a lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico. A finalidade da norma (jurídica) definidora do injusto seria delimitar os poderes de intervenção estatal. Isso não poderia ser realizado sem um pressuposto material que estabilizasse, limitasse, o alcance da norma penal. Assim¹⁰³: a) ideológica e politicamente, seriam individualizadas condições necessárias como critérios para produção de normas penais (função extrassistemática, de legitimação e/ou limitação) e aferição da legitimidade delas e da política criminal; b) exegética e

¹⁰⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.179-183.

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 439.

¹⁰² TAVARES, Juarez. **Bien jurídico y función en derecho penal**, p. 55.

¹⁰³ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, p. 6.

dogmaticamente, seriam sistematizadas (antijuridicidade formal e material; classificação) e interpretadas teleologicamente essas normas (função intrassistemática). Negativamente, o bem jurídico cumpriria seu papel de delimitação do âmbito do injusto ao ser objeto de referência, de preferência e instrumento da discussão sobre a legitimidade do próprio poder de punir.

O bem jurídico, um valor universal (real ou ideal) da pessoa, não seria examinado sob a perspectiva de dever, mas de finalidade; não atrelaria o injusto a um conjunto de valores objetivos, independentes da pessoa e de sua proteção; não identificaria valor com norma. Aliás, haveria pouco sentido em classificar bens jurídicos (titular - individuais ou coletivos; percepção – abstratos ou concretos; natureza – naturais ou normativos; elementos - reais e ideais), que deveriam ser direta ou indiretamente referidos à pessoa (indivíduo).

Diferentemente, as funções seriam relações entre variáveis caracterizadas por sua instrumentalidade. O significado das funções dependeria da relação entre suas variáveis, o que as faria carecer de substância necessária à possibilidade de demonstração de sua lesão ou colocação em perigo. Logo, as funções seriam relevantes para cálculos predicativos, mas não poderiam constituir em si um valor.

As atividades estatais, em grande medida reduzidas às das agências de controle descentralizadas, distanciadas do processo de produção e distribuição de bens, seriam expressas por funções comunicativas em lugar de relações reais. A falta de universalidade dessas funções e seu caráter tão-somente informativo apontariam o simbolismo de sua proteção penal. Destaque-se que o próprio bem jurídico desempenharia a função de delimitação do âmbito do injusto, permitindo apenas a intervenção penal em casos de extrema necessidade, demonstrado o menoscabo (dano ou perigo) à pessoa e suas condições de vida e sem que se provocasse a dessocialização de outra.

Para além desses deslindes, Juarez Tavares, inspirado em Hassemer, propõe um processo de identificação de bens jurídicos. Esse processo, para determinar o alcance e o conteúdo dos bens jurídicos, abrangeria princípios normativos de delimitação nas fases de redução desses bens ao individual (um ente da pessoa, um interesse individual independente de corresponder a uma pessoa ou grupo determinado) e de detalhamento de suas características (universalidade e substancialidade). Essas propriedades seriam inferidas de um procedimento conotativo no sentido de uma referência direta ou indireta a um dado do ser,

preexistente à normatividade, e de um enfoque normativo, de derivação do bem jurídico do ordenamento jurídico (principalmente, constitucional). Essa construção valorativa do bem jurídico como dado do ser seria submetida a uma contraprova diante dos princípios de um Estado Democrático de Direito e constituiria, para além de Roxin e Jäger, um limite normativo à espiritualização dos bens jurídicos. Obedecido esse procedimento, a tutela da ordem econômica seria legítima na medida em que correspondesse às dimensões individuais e sociais indispensáveis à projeção da personalidade.

Entretanto, prudentemente Baratta observa certos efeitos colaterais de teorias extrassistemáticas sobre o bem jurídico que se pretendem críticas:

Até mesmo algumas teorias extra-sistemáticas dos bens jurídicos, elaboradas numa incontestável perspectiva crítica, não conseguem escapar completamente de cumprir uma **dupla função de legitimação, que se realiza independentemente da intenção de seus autores** com relação ao sistema de justiça criminal. Neste sentido, podemos tomar, por exemplo, a **teoria ‘pessoal’** do bem jurídico elaborada por Hassemer. Nesta teoria, a legitimidade extra-sistemática somente se admite na tutela penal dos **bens jurídicos ‘asseguráveis’ e determinados, direta ou indiretamente relacionados com interesses de pessoas físicas.**¹⁰⁴ (grifo nosso).

Em razão de uma possível compensação dos inconcebíveis bens jurídicos indeterminados e difusos pela aceitação de outros determinados e pessoais, haveria o risco de essas teorias não questionarem, numa perspectiva qualitativa, a instrumentalidade do direito penal. Ao contrário de indagar-se sobre a idoneidade da pena para tutela de bens jurídicos e a incapacidade dos resultados da intervenção penal compensarem o déficit de verificação qualitativa da função instrumental do direito penal, essas teorias e suas pretensões críticas estariam cingidas à contenção (quantitativa) da expansão do sistema punitivo. No caso da proteção penal da ordem econômica, bastaria delimitar rigorosamente o injusto econômico.

Porém, ignorar “que a negatividade social e o sistema de controle são objetos de uma construção social e institucional que reflete a dinâmica dos conflitos [inter e intra classes] e o seu deslocamento”¹⁰⁵ seria uma inversão conceitual típica de uma concepção estanque dos saberes sociais. Os “operadores do direito”

¹⁰⁴ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 8.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 9.

tenderiam a definir quais os conflitos sujeitáveis às “soluções” do sistema penal antes de pesquisarem outro instrumental (extrajurídico) mais adequado. Dessa negligência quanto aos princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais (sustação metodológica dos conceitos de criminalidade e pena; especificação dos conflitos) resultariam numa reprodução ideológica do sistema punitivo e uma dupla circularidade (procedimental e argumentativa).

O direito penal seria definido como instrumento de tutela de interesses fundamentais à sociedade e aos indivíduos e, simultaneamente, esses interesses seriam social e individualmente relevantes porque tutelados pelo direito penal. A lógica (intrassistêmica) do discurso punitivo definiria valores e interesses extrassistemáticos com os seguintes inconvenientes: a) concepção uniforme e consensual da sociedade¹⁰⁶, empenhada na própria defesa contra uma minoria desviante; b) ocultação dos conflitos estruturais por conflitos interpessoais e entre indivíduo e sociedade; c) deformação e parcialidade da compreensão da negatividade social, necessária à crítica do sistema punitivo; d) idealização dos conteúdos do direito penal, vinculados metodologicamente a princípios e valores extrassistemáticos; e) definições muito específicas ou genéricas dos interesses dignos de tutela penal; f) incremento da possibilidade de confusão entre direito penal e direito administrativo; g) harmonização formal e material da pretensão de derivar bens jurídicos (individuais ou coletivos) exclusivamente¹⁰⁷ da constituição com a práxis social, política e jurídica da interpretação constitucional.

¹⁰⁶ Assim também Juarez Cirino, para quem “os pressupostos não declarados desses objetivos declarados [proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos] são as noções de *unidade* (e não divisão) social, de *identidade* (e não contradição) de classes, de *igualdade* (e não desigualdade real) entre classes sociais, de *liberdade* (e não de opressão) individual, de salário *equivalente* ao trabalho (e não de expropriação de *mais-valia*, como *trabalho excedente* não remunerado) etc.” (grifo do autor). Ver CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral, p. 14-15; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: a nova parte geral, p. 23.

¹⁰⁷ Para Mendez Rodriguez, a Constituição não proporcionaria critérios positivos de seleção de bens jurídicos previamente à consagração normativa deles, e sim critérios interpretativos do alcance desses bens, depois de sua positivação. É que essa autora, com base em Bustos Ramirez e Hassemmer, propõe compreender o Direito Penal e o bem jurídico no âmbito dos conflitos sociais. As condições sociais ou realidades sociais pré-jurídicas seriam pressupostos da dinamicidade do conceito de bem jurídico, uma síntese normativa, uma solução jurídica a determinadas relações sociais conflituosas. Nesse sentido, os princípios constitucionais consistiriam em limites negativos normativos da possibilidade de juridicizar e penalizar quaisquer conflitos sociais, pois deles caberia somente deduzir a prioridade de determinados direitos ou interesses, e não entabular estaticamente um rol bens jurídicos penalmente tuteláveis. Ver RODRIGUEZ, Cristina Mendez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Madrid Universidad Complutense, 1993. p. 26-30.

A falta de uma visão interdisciplinar a integrar a ciência social (comprometida) à técnica jurídica culminaria com a necessidade de construção de um referencial material extrassistemático¹⁰⁸ de criminalidade e o desvio para além da definição intrassistemática de bens jurídicos. Seria epistemologicamente indispensável, durante a pesquisa extrassistemática da negatividade social, considerar a realidade institucional do objeto como sede da produção e da resolução dos conflitos conforme a posição de seus atores em relações de poder.¹⁰⁹ Assim, a contradição capital/trabalho assalariado é apontada pelo discurso crítico como “a base concreta de *interesses universais* cuja lesão constituiria a *negatividade social* capaz de configurar o *referente material* do conceito de crime”¹¹⁰, compreendendo, diferentemente da teoria tradicional, o trabalho assalariado “como portador de *interesses comuns universalizáveis*.”¹¹¹ (grifo do autor).

Atentando-se para a criminalidade econômica disciplinada instrumentalmente pelo Direito Penal Econômico (brasileiro) nas sociedades capitalistas, constata-se uma tutela meramente funcional e simbólica da ordem econômica. Percebe-se que: a) ou não são criminalizadas condutas dos setores

¹⁰⁸ Tarefa para que fracassaram as teorizações de Merton e Sutherland. O primeiro compreendeu a criminalidade do colarinho branco como um desvio inovador (aceitação do fim cultural – sucesso econômico- sem respeito a normas institucionais). Essa explicação superficial reduziria análise desses crimes a meros problemas de socialização, de internalização de normas e de distribuição de recursos. Não se consideraria o “nexo funcional objetivo, que reconduz a criminalidade do colarinho branco (e também a criminalidade organizada) à estrutura do processo de produção e do processo de circulação do capital: [...] entre circulação legal e circulação ilegal, entre processos legais e ilegais de acumulação, existe, na sociedade capitalista, uma relação funcional”. Sutherland, todavia, explica a criminalidade do colarinho branco como uma delinquência sistemática apreendida num processo de associação diferencial com integrantes de grupos sociais hegemônicos que já praticaram crimes em sua maioria não descobertos, investigados (cifra negra). Esse autor propôs definições éticas que conjugavam “critérios de ‘injúria social’ (violação de interesses sociais gerais) e de ‘sanção legal’ (compreensiva das sanções criminal e civil) para abranger práticas anti-sociais de homens-de-negócio, administradores de corporações, profissionais liberais etc., que configuram a criminalidade *white-collar*”. Entretanto, as boas intenções da proposta não transpõem os limites da política oficial que define ‘injúria social’ e impõe ‘sanções legais’: ao contrário, parecem úteis para legitimar a ideologia do controle social”. (grifo do autor). Veja, respectivamente: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 67, 71-73, 101-14 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 56.

¹⁰⁹ Ver BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 7-8, 11 e BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal, p. 147-170.

¹¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**, p. 14.

¹¹¹ *Id.*

sociais hegemônicos (imunes) ou, quando assim o são, descrevem-se as ações típicas de modo impreciso e vago, a que se cominam penas irrisórias, raramente aplicadas e executadas por indivíduos realmente considerados sujeitos de direito pelo sistema penal; b) é ocultada a relação funcional entre os processos legais e os ilegais de acumulação e de circulação de capital, e entre esses processos e a esfera política.¹¹²

No contexto crítico do sistema decisório representativo hodierno, o déficit real de tutela de bens jurídicos é politicamente oportuno à necessária e difícil obtenção de consensos. Em Estados de Segurança¹¹³, a usual concordância (ideológica) quanto à preeminência do direito fundamental à segurança, vai de encontro à promoção fática e jurídica da segurança dos direitos. Não as necessidades primárias e reais são priorizadas e traduzidas juridicamente em direitos, mas a segurança – “a necessidade de certeza [reflexiva e temporal] de satisfação de necessidades”¹¹⁴; logo uma necessidade secundária – é protagonista dentre as diretrizes da política penal neoliberal. Justamente nesse ponto, o Direito Penal Econômico representa um Direito Penal simbólico. O “combate” à criminalidade sistêmica econômica e financeira compensa a insegurança social com uma imagem de segurança promovida pelo Direito Penal Econômico, cujas penas serviriam à promoção da confiança no ordenamento jurídico. No mínimo¹¹⁵, basta a cifra obscura para demonstrar ser esse discurso de prevenção geral positiva empiricamente falso. Todavia, simbolicamente, ele satisfaz a opinião pública e, por isso, é útil à ocultação “das responsabilidades do capital financeiro internacional e das elites conservadoras dos países do Terceiro Mundo, na criação das condições criminogênicas estruturais do capitalismo neoliberal contemporâneo.”¹¹⁶

¹¹² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal, p.164-165, 201-202.

¹¹³ BARATTA, Alessandro. Seguridad. In: _____. **Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)**. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 199-220. p. 202-205.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 200.

¹¹⁵ Para uma completa desconstrução das teorias oficiais (declaradas) da pena e uma explicação materialista da retribuição equivalente da pena, ver, respectivamente: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal, p. 87-130 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral, p. 451-488.

¹¹⁶ ALBRECHT, Peter-Alexis. **Kriminologie**. München: C.H. Beck, 1999. p. 29-30 *apud* CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral, p. 12 e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo;

O Direito Penal Econômico das sociedades capitalistas está muito distante de viabilizar um “uso alternativo”¹¹⁷ do Direito Penal, pretendido, originalmente¹¹⁸ pela Criminologia Radical, como uma das indicações estratégicas para uma política criminal das classes subalternas. A proteção dos valores e dos fundamentos do sistema capitalista em *ultima ratio* pelo Direito Penal Econômico não apenas inviabiliza a superação desse sistema, mas em dupla perspectiva (lícito/ilícito) “otimiza-o”. O controle penal excepcional do risco que o comportamento egocêntrico do capitalista pode representar para o próprio capitalismo é harmonizado com uma ineficácia qualitativa (criminalização/aplicação/execução) do Direito Penal Econômico, a que subjaz a funcionalidade sistêmica de atividades ilícitas de acumulação de capital, sob certo grau de controle também úteis. Dessa maneira, o Direito Penal Econômico serve à administração do *status quo* conforme o modelo tecnocrático neoliberal (excludente) de política criminal (repressiva) de segurança e de prevenção.

Não obstante isso:

A constatação dos limites políticos intrínsecos ao processo de institucionalização forma e aplicação judicial do Direito Penal Econômico, na direção das propostas criminológicas conseqüentes, não pode servir de pretexto ao imobilismo teórico ou ao ceticismo programático dos intelectuais da área superestrutural de controle político-jurídico da sociedade, comprometidos com os interesses das classes e categorias sociais do bloco dominado, transitoriamente privado do poder de superar os entraves colocados pelos referidos limites.¹¹⁹

Portanto, é diante dessas severas limitações (negações sistemáticas) do capitalismo à efetivação do ideal de libertação (de cada um segundo sua capacidade; a cada um segundo suas necessidades¹²⁰) e da ciência de que “a

ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal, p. 351.

¹¹⁷ Cogitaram dessa possibilidade: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal, p. 201-204 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 120-124.

¹¹⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 96, 119-120 e BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal, p. 200-203.

¹¹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal Econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, n. 3, p. 201, jan./jun. 1982.

¹²⁰ MARX, Karl. **Crítica ao programa de Gotha**. p. 8. Disponível em: <http://www.pstu.org.br/biblioteca/marx_gotha.pdf>. Acesso em: 24/09/2009.

melhor reforma do direito penal seria a de substituí-lo, não por um direito penal melhor, mas por qualquer coisa melhor que o direito penal”¹²¹, que foi desenvolvido o seguinte capítulo. Nele, problematizaram-se os instrumentos legislativos, interpretativos e dogmáticos atinentes aos crimes de perigo, empregados corriqueiramente no Direito Penal Econômico - manifestação de um Direito Penal de Risco – e se propuseram correções lógico-argumentativas, ainda que como mediações restritivas de contenção intrassistemática do poder punitivo.

¹²¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 246.

4 CRIMES DE PERIGO

O desenvolvimento deste capítulo segue sob a importante advertência de não haver uma teoria geral do Direito Penal Econômico. Note-se que:

O Direito Penal Econômico integra o Direito Penal, mas como um seguimento diferenciado, com características próprias, **subordinando-se** às categorias científicas do Direito Penal, **mas exigindo mediações adaptativas** dessas categorias à especificidade da natureza econômica (e política) daquele¹²² (grifo nosso).

Assim, apesar da carência de um referencial material de definição delito econômico mais adequado do que a ordem econômica, apresenta-se adiante uma contribuição para operar de modo mais garantista os delitos de perigo positivados no Direito Penal Econômico.¹²³

4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os delitos de perigo são especialmente empregados no Direito Penal Econômico com a pretensão de tutela antecipada¹²⁴ da ordem econômica. Por isso, nele, criminaliza-se um âmbito prévio (*Vorfeldkriminalisierung*) ao injusto originário. Ou seja, nesse setor do ordenamento penal, não apenas condutas aptas a lesar a ordem econômica ou colocá-la em perigo são criminalizadas, mas também as ações que seriam consideradas, sob o ângulo de um Direito Penal Nuclear (*Kernstrafrecht*),

¹²² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal Econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, n. 3, p. 200, jan./jun. 1982.

¹²³ No Direito Penal Econômico brasileiro, são paradigmáticos exemplos de delitos de perigo abstrato (de mera desobediência) os crimes contra a ordem tributária cujos tipos são enunciados no artigo 2º, incisos I, e II, da Lei 8.137/1990. Esses delitos apresentam-se em nítido confronto com os delitos de igual natureza, mas considerados de resultado, previstos no artigo 1º da mesma lei. Para maiores detalhes sobre essa discussão e outros exemplos de delitos de perigo na legislação penal econômica brasileira, ver PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. 432p.

¹²⁴ Para maiores precisões conceituais, ver SANCHÉZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1999.

estágios anteriores à afetação de bens jurídicos. Desse modo, convém introduzir a análise dos delitos de perigo com a correlação entre Direito Penal Econômico e Direito Penal de Perigo e com o esclarecimento das transformações do conceito de perigo em função da ênfase sobre o desvalor de ação ou de resultado.

4.1.1 Direito Penal Econômico como instrumento de controle do risco

O Direito Penal Econômico é expressão de um Direito Penal de Risco. A perspectiva ímpar de Prittwitz, quanto ao Direito Penal de Risco, vem ao encontro dessa afirmação e do enfoque crítico deste trabalho (especialmente no capítulo anterior). É que esse autor não se limita perceber o Direito Penal de Risco na perspectiva da “dogmática do risco” (reflexões sobre a imputabilidade penal) ou na de um direito penal orientado a assegurar o futuro de uma sociedade (de riscos) tecnológica potencialmente autodestrutiva. Além disso, empiricamente, o Direito Penal de Risco, a despeito de seu caráter fragmentário¹²⁵, haveria se transformado num Direito Penal expansivo, caracterizado¹²⁶ por esta tridimensionalidade: a) admissão de novos candidatos no círculo de direitos (e.g. o mercado de capitais); b) deslocamento mais para frente da fronteira entre comportamentos puníveis e não-puníveis; c) redução das exigências de censurabilidade numa mudança de paradigmas, transformando a lesão em perigo a bens jurídicos. As condutas seriam criminalizadas não porque socialmente inadequadas, mas para que fossem consideradas como tal. Haveria a pretensão de, via Direito Penal – especialmente, Direito Penal Econômico – impedir comportamentos arriscados, *prima facie* mais conformes do que desviantes do sistema e mais comuns entre sujeitos poderosos.

¹²⁵ PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: fragmentario, subsidiário, ultima ratio: reflexiones sobre La razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. In: _____. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 427-446. p. 428-430.

¹²⁶ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004. p. 37-41.

Herzog¹²⁷ percebeu riscos do próprio Direito Penal de Risco, comunicáveis ao Direito Penal Econômico. A par de enfatizar o simbolismo, a instrumentalidade e a incapacidade do Direito Penal solucionar conflitos, Herzog associa criticamente o Direito Penal de Risco ao trilema regulatório de Teubner¹²⁸ (indiferença recíproca entre direito e sociedade; desintegração social mediante o direito; desintegração do direito por expectativas sociais excessivas). A conversão de programas políticos em normas jurídicas sem observação dos critérios jurídicos de decisão engendraria leis cujos “problemas de execução” ocultariam a injustiça e a ausência dessa regulamentação. Os processos e normas de autorregulação social seriam solapados por um Direito Regulador, por que o Estado cominaria a qualquer anomalia social uma pena. O massivo recurso social ao direito para solucionar conflitos sociais oportunizaria, por uma sobrecarga de interesses e de orientações a múltiplas conseqüências, elaborar e executar leis pressupondo a reformulação (mitigação, fragilização) de princípios e garantias constitucionais como a legalidade.

Nesse ambiente de insegurança e desorientação moral em que a própria resignação com a ineficácia do Direito Penal é convertida paradoxalmente na esperança que o expande, o legislador vê-se tentado a recorrer aos delitos de perigo - sobretudo os de perigo abstrato - para tutelar antecipadamente a ordem econômica. Desse modo, ao Direito Penal Econômico, transpõem-se o importante debate sobre a configuração dogmática do perigo.

4.1.2 Conceito de perigo, momento e base do juízo de sua verificação

Na conceituação do perigo, contrapuseram-se as teorias subjetivas às objetivas. As primeiras, comuns entre os positivistas e os idealistas, conceberam o perigo como um produto da mente derivado da apreensão da realidade ou da falta de conhecimento dela. Conforme o princípio da necessidade (no mundo do ser, ou

¹²⁷ HERZOG, Felix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. **Revista de Derecho Penal**, Montevideo, n. 12, p. 203-206, jul. 2001. p. 204.

¹²⁸ TEUBNER, Gunther. Verrechtlichung-Begriffe, Merkmale, Grenzen. Auswege. In: KÜBLER (Hrsg.). **Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität**. Baden-Baden: [s.n.], 1984. p. 284-344 *apud* HERZOG, Felix. Limites al control penal de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 46, n. 1, p. 317-327, ene./abr. 1993. p. 319-321.

algo – resultado – acontece porque assim tinha de ser ou não ocorre porque impossível), não haveria faticamente a possibilidade de produção de resultados lesivos, mas sim o perigo como uma impressão, um juízo do sujeito. Esse subjetivismo comprometeria a objetividade necessária à certeza jurídica¹²⁹, pois: a) não foram estabelecidos parâmetros de valoração da existência ou não de perigo pelo julgador; b) nem sempre a vítima teve consciência do perigo para si; c) a vítima pode haver representado um perigo inexistente ou em proporções muito maiores do que as reais; d) confere-se um desvalor autônomo e artificial ao perigo. Diante disso, conforme a segunda teoria, o perigo é objetivo, autônomo relativamente à lesão e à subjetividade.

Sob influência do neokantismo (causalismo valorativo) e da teoria da causalidade adequada, os objetivistas cogitaram da probabilidade de a produção de um resultado lesivo ser a tradução da probabilidade de existir uma relação entre ação e um resultado conforme as regras da experiência. A análise do elemento subjetivo do injusto haveria por base uma causalidade objetiva, devido à valoração do perigo pela assunção exclusiva das circunstâncias conhecidas pelo autor paralelamente às formulações da causalidade adequada. A valoração sobre a existência do perigo estaria vinculada à valoração da ação e de sua periculosidade. Assim, haveria uma verificação *ex ante* do perigo da ação a partir não de uma causalidade real, mas hipotética (sem que se verificasse o resultado).

Construiu-se um juízo de periculosidade da ação similar ao de adequação proposto na teoria da causalidade adequada de Von Kries, aplicando juízos de possibilidade à relação de causalidade.¹³⁰ Supõe-se a impossibilidade de emitir juízos de necessidade por desconhecerem-se todas as circunstâncias do caso concreto e as leis da natureza. Por isso, seria necessário verificar, de modo geral e segundo as regras da experiência, a probabilidade de uma ação produzir um resultado para então reputá-la ou não adequada. Desse modo, haveria a possibilidade de negar-se concretamente a periculosidade de ações que *ex ante* não o fossem.

No injusto dos delitos de perigo (principalmente, os de perigo abstrato), predominaria o desvalor da ação sobre o de resultado. Isso sob argumentos como o

¹²⁹ Cf. ANGIONI, Francesco. **Il pericolo come elemento della fattispecie penale**. Sassari: Chiarella, 1981. p. 13-14.

¹³⁰ RODRIGUEZ, Cristina Mendez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**, p. 61.

de que “ou um comportamento está proibido ou não, porque uma proibição mais ou menos intensa é absolutamente impensável”.¹³¹ Nesse sentido, atestar concretamente um perigo exigiria avaliar a idoneidade da conduta para lesionar um bem jurídico, o que implicaria recorrer à superada causação. Ademais, o princípio da culpabilidade em correspondência com o desvalor da ação seria violado ao se exigir a verificação aleatória do resultado de perigo em detrimento de uma proteção eficaz dos bens jurídicos (úteis à explicação da criação da normal penal e do seu objetivo de tutela), principalmente dos coletivos como a ordem econômica. Criaram-se os delitos de risco, cujo tipo individualizaria condutas *ex ante* perigosas para cuja adequação bastaria verificar a impossibilidade de excluir a lesão no momento da realização do fato concreto, dispensada a realização da lesão ou do perigo e o exame da idoneidade causal do fato.

Em posicionamento similar, Mir Puig¹³² considera ser a função do Direito Penal a de prevenir delitos. Apesar de entender o bem jurídico como razão para a criação das normas penais, centraliza o injusto no desvalor da ação sob a justificativa de que o Direito seria incapaz de proibir a produção de resultados lesivos, restando-lhe simplesmente a possibilidade vetar que pessoas os produzissem voluntariamente. Assim, propriamente um resultado não infringiria normas jurídicas. Para esse autor, uma ação seria proibida se *ex ante* perigosa. Esse entendimento desconsideraria, no âmbito do injusto, quaisquer considerações sobre um eventual resultado ou periculosidade *ex post* da conduta e se pretenderia objetivo por um juízo social (e não individual) sobre a aparência da periculosidade da ação. Todavia, esse posicionamento é criticável, pois: a) do mesmo modo com que o Direito Penal não pode evitar os resultados que proíbe, não o consegue relativamente às condutas por ele proibidas; b) aquele juízo social compromete demasiadamente a função de prevenção da norma, dado que, se o agente deve conhecer ou ter a possibilidade de conhecer a periculosidade de sua conduta segundo critérios normativos, ele nunca saberá se *ex ante* sua conduta é perigosa, pois esse juízo será feito pela sociedade.

¹³¹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. **Gesinnungsmerkmale im Strafrecht**. [s.n]:Tübingen, 1958. p. 193 *apud* RODRIGUEZ, Cristina Mendez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Universidad Complutense: Madrid, 1993. p. 61.

¹³² MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en Estado social y democrático de Derecho**. Barcelona: Bosch, 1982. p. 61.

A ênfase excessiva, exclusiva, do desvalor de ação¹³³ desencadeou uma reação crítica motivadora de teorias objetivas do perigo atribuído ao “resultado”. Materialmente, cogita-se o delito como lesão ou perigo a um bem jurídico, este um objeto de tutela a desempenhar uma função garantista. Excluir do núcleo do injusto o resultado implicaria proibir igualmente condutas idôneas ou não à produção de um resultado com as que efetivamente o produziram. Desse modo, haveria uma violação dos princípios da afetação de bens jurídicos (ofensividade ou lesividade), da proporcionalidade e da *ultima ratio*, para os quais o resultado importa no dimensionamento da sanção e na legitimação da intervenção penal sob estrita necessidade.

Angioni entende derivar o desvalor da ação do desvalor de resultado e contrapõe a relação de causalidade à de perigo de modo mutuamente exclusivo: se produzido um resultado, haveria um delito de lesão e a necessidade de, num juízo *ex post*, analisar a imputação do resultado à conduta; se ausente o resultado, haveria um delito de perigo e de uma relação de probabilidade a ser avaliada *ex ante*. Na segunda hipótese, equivale-se a relação de probabilidade à de perigo, associada à incerteza de verificação do resultado lesivo a um bem jurídico:

Se a relação de perigo fosse uma relação de impossibilidade, o segundo termo da relação (o resultado lesivo) seria impossível, portanto, não existiria razão nenhuma para conferir relevância penal ao primeiro termo da relação (ao fato perigoso), já que, segundo essa lógica, o fato perigoso não poderia ter nunca como conseqüência um resultado lesivo, e por isso, seria sempre um fato neutro ou indiferente, portanto, não perigoso. Se a relação de perigo fosse uma relação de necessidade, o segundo termo da relação se verificaria necessariamente, então, o primeiro termo da relação seria sempre um fato lesivo; se isto fosse assim, o fato perigoso se identificaria com o lesivo e não teria significado autônomo, o que converteria num sem sentido a divisão de tipos de perigo e de lesão.¹³⁴

Nesse sentido, Angioni desenvolve uma teoria intermediária aos métodos *ex ante* e *ex post*, a da base ontológica total *ex ante*, pela qual, no juízo de periculosidade da ação, todas as circunstâncias do fato deveriam ser consideradas no momento imediatamente anterior (juízo de prognóstico) ao da realização do

¹³³ Em muito, a teoria finalista de Welzel e seu conceito de bem jurídico contribuíram para a preponderância do desvalor de ação. É que esse autor condiciona o sentido da proteção de bens jurídicos à tutela, mediante o Direito Penal, de valores fundamentais. O conteúdo de desprezo da ação em relação aos bens jurídicos é que seria fundamental. WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general**, 1956. p. 6-8.

¹³⁴ ANGIONI, Francesco. **Il pericolo come elemento della fattispecie penale**, p. 25.

resultado lesivo ou da possibilidade de produzi-lo. Assim, ao contrário do método *ex post*, haveria abertura à probabilidade de resultados lesivos e à produção desses resultados não somente por ações perigosas; diversamente do *ex ante*, seriam incluídas todas as circunstâncias fáticas no juízo de perigo.

Essa teorização¹³⁵ foi uma reação crítica ao excesso de abstração da concepção de Schröder¹³⁶, ainda que para este fosse necessário, nos delitos de perigo concreto, considerar *ex ante* não somente as circunstâncias do momento do fato, mas também as posteriores a ele. Quanto à hipótese de o exame da ação considerada singularmente levar à improbabilidade de um resultado, porém eventos posteriores provarem que as condições para a produção desse resultado estavam presentes, mesmo que impossível elaborar esse juízo no momento da ação, Schröder entende haver na prognose de periculosidade uma possibilidade de erro derivada da falibilidade das regras de experiência geral. Não obstante a pretensão de máxima concreção do juízo de periculosidade nessa teoria, parece contraditório sustentar, como faz esse autor a partir da teoria da *conditio sine qua non* (ação implicaria resultado provável, pressupondo haver reais condições dele) que a constatação (posterior) de um resultado lesivo é fundamental para uma prognose sobre a periculosidade da ação. Seria paradoxal, senão complicado, considerar todas as circunstâncias na base do juízo e remeter imediatamente a um momento anterior ao desfecho do fato.

Entretanto, Horn¹³⁷, em sua teoria ontológica, defende um juízo *ex post* sobre o perigo, considerado um resultado realizado sucessivamente à ação. Seria impossível haver lesão sem situação pretérita de perigo, mas a ausência de lesão não implicaria inexistir uma situação de perigo. Em seu juízo de perigo, Horn considera leis causais abstratas e concretas. As primeiras, regras de experiência, informariam que, sob determinadas circunstâncias, um fato produz um dado efeito

¹³⁵ No mesmo sentido de máxima amplitude e concreção da base do juízo de perigo, a teoria normativa de Schönemann. Esse autor defende a verificação *ex post* de uma lesão hipotética a um bem jurídico individual considerada, a partir de leis de probabilidade, como uma consequência adequada da ação. SCHÜNEMANN, Bernd. **Modernen Tendenzen in der Dogmatik des Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte**. In: JA, Juristische Arbeitsblätter, 1975. p. 793 *apud* RODRIGUEZ, Cristina Mendez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**, p. 115.

¹³⁶ SCHRÖDER, Horst. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. **ZStW, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 81, 1969, p. 10-12 *apud* BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**, p. 115-116.

¹³⁷ HORN, Ekhart. **Konkrete Gefährdungsdelikte**. Köln: [s.n.], 1973. p. 138-159 *apud* RODRIGUEZ, Cristina Mendez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**, p. 113.

incondicionalmente, mesmo que circunstâncias posteriores impeçam a verificação da relação causal; as segundas implicariam a verificação real do resultado de um fato conforme uma dada lei de causalidade sempre que concretamente não houvesse circunstâncias alheias à mesma lei abstrata como condicionantes daquele resultado.

Segundo Cristina Rodriguez, determinar o critério individualizante das circunstâncias relevantes para o juízo de perigo e o grau de concreção da regra de experiência são os principais entraves à postura de Horn. Essa constatação parte das seguintes indagações:

Considerando essas premissas [as de Horn], se um fato não se realizou nem sequer conforme uma regra de experiência, não poderia existir nunca um perigo, mas um fato que correspondesse a essa regra não constituiria somente por isso um perigo. Se, conforme sua argumentação, os fatos ocorridos na realidade são fatos somente adequáveis a uma lei de impossibilidade, então, como seria possível referir a uma regra de causalidade abstrata um fato que é conforme a uma lei de impossibilidade? Não verificada a lesão, como seria possível que um fato concreto conforme uma lei de impossibilidade se referisse a uma lei de causalidade abstrata, cujo termo de referência seria, necessariamente, um resultado lesivo? Em resumo, deve tratar-se de um fato que realiza uma regra de experiência mais ou menos abstrata (um fato, por isso, perigoso) e da impossibilidade da ciência explicar por que não se produziu um resultado lesivo.¹³⁸

Essa autora percebe a falta da individualização de um resultado perigoso, de um conteúdo autônomo do perigo, que permaneceria, em Horn (simpatizante com um finalismo ortodoxo, em que o resultado é simplesmente condição objetiva de punibilidade), atrelado a uma referência à lesão.

Em face disso, Cristina Mendez Rodriguez, baseada em Lackner, propõe, para legitimar a antecipação de tutela penal, um conceito normativo de perigo. A feição normativa dessa concepção consistiria na atribuição do perigo a um resultado (e não a uma ação) valorado em referência ao bem jurídico afetado. Ademais, fundamentariam esse conceito regras de experiência reconhecidas nos tipos penais de perigo. Essas regras permitiriam penalizar condutas que frequentemente implicassem resultados de perigo. A configuração do tipo penal representaria um limite à utilidade dessas leis, construídas conforme teorias matemáticas (estatísticas e probabilísticas) de aplicação menos relevante na análise concreta do caso (da

¹³⁸ RODRIGUEZ, Cristina Mendez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**, p. 113-114.

ação). Isso porque “não se pode pretender determinar a probabilidade de um resultado lesivo quando o fato que presumidamente comportava risco de uma lesão já se desenvolveu, seus efeitos agora são conhecidos e consta a ausência de lesão.”¹³⁹

A própria variação das condições de análise do caso concreto impediria a correspondência da ação a padrões de casos simétricos, iguais, homogêneos, geralmente considerados nas probabilidades. Diversamente, para a tipicidade penal e para a imputação do resultado perigoso à conduta, bastariam: a) a consideração (*ex post*) de todas as circunstâncias do caso concreto sem que elas variassem em relação à lei de freqüência em abstrato a que se referissem; b) a perda, pelo agente, do controle da situação que provocara. Isso permitiria entender o perigo como um risco de mal, realmente presente no momento de incerteza sobre a eventual produção de um resultado lesivo.

Em âmbito dogmático, essa divergência da literatura penal quanto à conceituação (subjetivo/objetivo), aos fundamentos de imputação, ao objeto de referência (ação/resultado/bem jurídico), ao momento de verificação (*ex ante/ex post*) e à amplitude do juízo (limitado/total) do perigo reflete diretamente sobre a compreensão da diferenciação entre os crimes de perigo concreto e os de perigo abstrato e suas inúmeras técnicas de tipificação.

4.2 DA DISTINÇÃO CONVENCIONAL ÀS TÉCNICAS CONTEMPORÂNEAS

O emprego recorrente dos crimes de perigo para a proteção de bens jurídicos coletivos como a ordem econômica despertou novamente o estudo dessa modalidade delitiva ao final da década de 60, principalmente dos delitos de perigo abstrato, tema central do X Congresso Internacional de Roma em 1969. Para legitimar a ampliação da intervenção penal e operacionalizá-la, a literatura penal produziu recentemente inúmeras¹⁴⁰ técnicas delitivas interpostas (perigo abstrato-

¹³⁹ RODRIGUEZ, Cristina Mendez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**, p. 118.

¹⁴⁰ A discussão sobre a constitucionalidade dos tipos de perigo (abstrato) e as suas diversas técnicas não escapa a Juarez Cirino, que expôs sinteticamente as variadas posições da dogmática alemã quanto a esse tema: “JAKOBS fala da ilegitimidade da incriminação em áreas adjacentes à lesão

concreto, perigo presumido, perigo contingente, perigo possível etc.) ao binômio crime de perigo abstrato-crime de perigo concreto, aproximando ambas as categorias.

4.2.1 Dualismo tradicional: ou delito de perigo concreto ou delito de perigo abstrato

Tradicionalmente, os crimes de perigo abstrato e de perigo concreto são definidos pelo contraponto lógico-formal de suas técnicas típicas. O perigo como elementar típica, a ser verificada concretamente pelo juiz, caracterizaria os crimes de perigo concreto. Porém, nos delitos de perigo abstrato, definidos residualmente em relação aos primeiros, o perigo a um bem jurídico seria deduzido automaticamente de uma conduta, motivaria uma presunção absoluta (*iuris et de iure*) e, por isso, não integraria o tipo legal. O perigo seria mera *ratio* de criminalização e do juiz, limitado à aplicação genérica e silogística da lei, o legislador subtrairia a possibilidade de verificar concretamente o perigo.

Não obstante seja esse cotejo comum na doutrina, é importante precisar¹⁴¹ que a referida presunção absoluta é uma construção jurisprudencial doutrinária e, a rigor, a literatura penal clássica presume a periculosidade da ação. Assim, não se puniria uma conduta perigosa cujo resultado de perigo a um bem jurídico seria presumido, mas tão-somente uma ação cuja periculosidade não seria submetida à prova.

Já no pensamento penal clássico, mesmo sob forte influência do liberalismo (político, econômico e filosófico), há reações contra essa aplicação irracional da

do bem jurídico; GRAUL rejeita a presunção de perigo dos crimes de perigo abstrato; SCHRÖDER propôs admitir a prova da ausência de perigo; CRAMER pretendeu redefinir o perigo abstrato como *probabilidade* de perigo concreto. Por outro lado, destacando a finalidade de proteção de bens jurídicos atribuída aos tipos de perigo abstrato, aparentemente indissociáveis de políticas comprometidas com o equilíbrio ecológico, o **controle das atividades econômicas** e, de modo geral, a garantia do futuro da humanidade no planeta, HORN e BREHM propõem fundar a punibilidade do perigo abstrato na *contrariedade ao dever*, como um perigo de resultado (e não como um resultado de perigo) e FRISCH pretende compreender os delitos de perigo abstrato com *delitos de aptidão* (*Eignungsdelikte*), fundado na aptidão concreta *ex ante* da conduta para produzir a consequência lesiva". (grifo do autor). Ver CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral, p. 111.

¹⁴¹ RODRIGUEZ, Cristina Mendez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**, p. 136-137.

pena deduzida matematicamente da realização de determinadas condutas sem qualquer prova da periculosidade delas. Binding e Rabl¹⁴² representaram vertentes paradigmáticas do pensamento clássico nessa matéria. Para ambos, numa concepção objetivista de injusto, a concretização de um dano ou de um perigo de lesão era pressuposto da atividade penal.

Binding classificou as normas penais em: “(i) proibições de lesão (*Verletzungsverbot*); (ii) proibições de perigo (*Gefährdungsverbot*); (iii) infrações de polícia ou delitos de desobediência (*Ungehorsamsstrafe*)”.¹⁴³ O cerne das proibições de perigo seriam as ações perigosas; a colocação de um bem jurídico em perigo equivaleria a sua lesão. Entretanto, a “periculosidade”, a criação de uma situação de real afetação do bem jurídico pela conduta, era indispensável à incidência da norma penal. Já os delitos de desobediência prescindiriam demonstração da periculosidade, pois seriam meramente formais. O injusto desses crimes implicaria somente desvalor de ação. Essa construção, próxima à do hodierno tipo de perigo abstrato, fora intensamente criticada por Binding, em razão de prescindir de qualquer referência a um resultado (dano ou perigo de lesão) para criminalizar uma conduta. Com argumento similar, Rabl, para quem os delitos de perigo abstrato seriam crimes de perigo concreto presumido, rejeita os delitos de mera desobediência e sua presunção legal de perigo.

Apesar da flagrante violação aos princípios penais os delitos de perigo abstrato se tornaram recorrentes. Como acima se argumentou, a demanda generalizada por uma proteção de bens jurídicos (especialmente os coletivos) contra riscos do processo produtivo da sociedade hodierna pressionou e expandiu o sistema penal. Para a resposta exigida desse sistema, os delitos de perigo abstrato se apresentaram mais “eficientes” em comparação aos de perigo concreto. Isso porque a presunção do perigo (ou pior, da periculosidade) suplantaria a dificuldade de demonstrar a afetação de bens jurídicos coletivos como a ordem econômica.

Entretanto, a doutrina se deparou com o desafio de driblar, sobretudo, os princípios da ofensividade (lesividade ou afetação), da proporcionalidade abstrata, da culpabilidade e compatibilizar o injusto de ação ao de resultado. Nesse sentido,

¹⁴² BINDING, *Normen I*, 2.^a, 1890. p. 372 e RABL, *Gefährdungsvorsatz*, 1933. p. 9 e ss *apud* BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**, p. 127-132.

¹⁴³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**, p. 128.

ao final dos anos sessenta há um enorme esforço da literatura penal para fugir à distinção clássica mediante a construção de múltiplas técnicas de tipificação intermediárias. Promoveu-se uma aproximação cada vez mais intensa e confusa entre os crimes de perigo de modo a tornar ambígua a conceituação do perigo abstrato e a ocultar a necessidade de prova de um resultado de perigo.

4.2.2 Técnicas intermediárias

Nas definições convencionais dos crimes de perigo abstrato, justamente a consideração da periculosidade genérica¹⁴⁴ de certas condutas como razão de incriminação necessária e suficiente (sem comprovação concreta da periculosidade) para afirmar a adequação de qualquer conduta formalmente típica é problemática. Exemplos paradigmáticos dessa dificuldade encontram-se nas teorizações de Welzel, Roxin e Jakobs.

Na teoria finalista da ação de Welzel, o conceito de perigo penalmente relevante, conforme a concepção de injusto pessoal, é objetivamente “ontológico, determinado pela situação fática em que a produção de determinadas conseqüências não desejáveis é provável”¹⁴⁵ e subjetivamente dirigido por uma vontade tipicamente individualizada (proibida penalmente) de criar um estado de ameaça a bens jurídicos (dolo de perigo). Se para conformar tipos de perigo concreto a essa teoria não houve maiores problemas, o contrário ocorreu com os de perigo abstrato. Nesses delitos, Welzel reduziu a tipicidade subjetiva, tão cara ao finalismo, à realização do tipo formal, desconsiderando qualquer intenção de produção de uma situação de perigo.

¹⁴⁴ Ainda que o temperamento da subsunção positivista pela necessidade neokantiana de verificar a periculosidade potencial da ação (elemento normativo) nos delitos de perigo concreto representasse um relativo avanço: MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**, p. 253. Assim também, embora finalista: WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán (parte general)**. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1993. p. 53-71.

¹⁴⁵ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán (parte general)**, p. 71.

No funcionalismo de Roxin¹⁴⁶, a legitimidade dos crimes de perigo abstrato dependeria do desvalor da ação em função da tutela de bens jurídicos e da descrição típica precisa da conduta com referência a um específico interesse. Esses delitos constituiriam delitos culposos sem consequências, pois, assim como nos delitos imprudentes, a punibilidade pressuporia infração de um cuidado a implicar um perigo de resultado. Entretanto, no contexto das ações em massa e da necessidade de proteção de bens jurídicos difusos ou espiritualizados, o direito penal desempenharia uma função preventiva tal que os delitos de perigo abstrato seriam delitos de mera conduta: haveria tipicidade mesmo que a situação fática se distanciasse de qualquer lesão ou perigo a um bem jurídico.

Sob um enfoque funcionalista mais agudo, Jakobs¹⁴⁷ orienta o direito penal à garantia da vigência fática das normas e à manutenção de expectativas comportamentais. Para organizar contextos globais de interações arriscadas (*e.g.* o trânsito, o sistema financeiro) haveria o emprego dos crimes de perigo abstrato como delitos de desobediência. A legitimidade desses delitos dependeria da extrema capacidade de a conduta selecionada (tipificada) causar dano (perturbação sistêmica) e a tipicidade seria meramente formal.

Essa mera subsunção, juntamente a uma aceitação heurística (acrítica) de maior “eficiência” na proteção de bens jurídicos mediante os delitos de perigo abstrato, provocou uma reação doutrinária para conferir maior carga ofensiva a esses delitos, aproximar ao máximo os conceitos formal e material de delito, eliminando-se eventuais inconstitucionalidades.

Diante disso, Kindhäuser¹⁴⁸ argumenta serem os crimes de perigo abstrato delitos de lesão. Ele atribui ao direito penal a finalidade de proteger bens jurídicos, valores da identidade jurídica de uma sociedade ou pressupostos de reprodução social. A norma penal deveria garantir aos indivíduos a segura disposição daqueles

¹⁴⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general (Tomo I). Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**, p. 60, 408-409.

¹⁴⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 210-214. Também nesse sentido funcionalista radical, a defender o emprego dos delitos de perigo abstrato (delitos formais) na manutenção de uma ordem geral: KRATZSCH, Dietrich. **Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht**. Berlin: [s.n.], 1985. p. 119, 284, 419 *apud* HERZOG, Felix. Limites al control penal de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 46, n.1, p. 323-324, ene./abr. 1993.

¹⁴⁸ KINDHÄUSER, Urs. **Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996. p. 67-82.

bens, direitos fundamentais, penalizando comportamentos violadores de expectativas de condutas conformes ao sistema social. Os crimes de lesão e de perigo concreto instrumentariam a tutela da integridade dos bens jurídicos; os de perigo abstrato, a livre disposição desses bens. Nestes delitos, o critério material do injusto, para além da mera subsunção formal, seria a segura disposição de bens jurídicos pelos cidadãos e o “resultado”, a perturbação dessa possibilidade. Ao contrário de analisar a periculosidade da ação na posição do autor, Kindhäuser avaliou o perigo sob a perspectiva da vítima e das perturbações à segura disposição de bens jurídicos e instrumentos de participação social numa relação comunicativa.

Na Itália, atento ao distinto grau de afetação do bem jurídico, Angioni¹⁴⁹ propôs diversificar os crimes de perigo abstrato de acordo com a carga semântica de seus elementos constitutivos. Denominou-se essa construção de técnica dos tipos carregados, cujas elementares seriam descritas com uma carga semântica tão intensa que seria improvável que um fato típico não fosse concretamente perigoso para um bem jurídico. Ademais, haveria tipos caracterizados pela flexibilidade conceitual de seus elementos e que, portanto, deveriam ser interpretados restritivamente.

Já outros autores, como Schröder¹⁵⁰, defenderam ser a presunção, nos delitos de perigo abstrato, *iuris tantum*. Seria possível provar a falta de periculosidade da ação durante análise do caso concreto. Outra variante postulou essa possibilidade apenas nas hipóteses de grandes disparidades entre o tipo formal e o tipo material dos delitos de perigo abstrato. Ambas¹⁵¹ as teses seriam incompatíveis com o princípio *pro reo*, caso impossível demonstrar a ausência de periculosidade da conduta, e a segunda não apresentaria critérios objetivos, confiáveis, para determinar os casos em que houvesse a referida divergência.

¹⁴⁹ ANGIONI, Francesco. **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico**. Milano: Giuffrè, 1983. p. 109 e ss.

¹⁵⁰ SCHRÖDER, Horst. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. **ZStW, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 81, 1969 *apud* TORÍO LÓPEZ, Angel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 34, n. 2/3, p. 825-847, mayo/dic. 1981. p. 827.

¹⁵¹ Cf. TORÍO LÓPEZ, Angel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 34, n. 2/3, p. 827.

Volz¹⁵² vale-se da teoria do domínio do fato para afirmar a assunção do risco pelo autor como critério do injusto penal dos delitos de perigo abstrato. No decurso dos fatos, caso surgissem circunstâncias incontroláveis pelo agente, haveria tipicidade, a periculosidade genérica da ação típica seria constatada; se o agente dominasse o curso causal fatos, sua conduta seria atípica.

A partir de Gallas¹⁵³, a periculosidade da ação como aptidão concreta da conduta para produção de risco (condições potenciais de afetação de um bem jurídico) é requisito material indispensável à tipicidade nos delitos de perigo abstrato. Esse autor rejeita os delitos de mera desobediência e retira da concepção de perigo formulada por Binding o cerne da própria teoria sobre os delitos de perigo. O conceito de perigo elaborado por Binding¹⁵⁴ corresponderia tanto a um estado produzido (atual perigo concreto) ulteriormente a uma conduta como a uma ação idônea a produzir um resultado lesivo. Essa unificação do desvalor de resultado com o de ação é rompida por Gallas na sua formulação dos delitos de perigo abstrato ou de perigo possível. O fundamento desses seria o desvalor (autônomo) da ação perigosa elaborado na ótica do desvalor do resultado lesivo provável. Nessa construção, Gallas mitiga o ontologismo finalista com elementos normativos neokantianos ao respaldar o desvalor de ação com a reprovação ético-social do resultado danoso a ser evitado. Nos delitos de perigo possível (estágio prévio dos de perigo concreto), haveria verificação da periculosidade da ação conforme um juízo de probabilidade, um prognóstico sobre indícios de resultado lesivo da ação, elaborado na perspectiva *ex ante* de um observador na posição do agente no momento da ação.

¹⁵² VOLZ, Manfred. **Unrecht und Schuld abstrakter Gefährungsdelikte**. Göttingen: [s.n.], 1968. p. 21 e ss *apud* BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**, p. 148.

¹⁵³ GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito em su momento actual**. Barcelona: Bosch, 1959. p. 50-64.

¹⁵⁴ BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts**. 4. ed. Aalen: Scientia Verlag, 1965. p. 111 e ss, 364 e ss *apud* TORÍO LÓPEZ, Angel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 34, n. 2/3, p. 829-831, mayo/dic. 1981.

Em proposta similar, Hirsch¹⁵⁵ tentou contornar os problemas teóricos de Welzel ao transformar os de perigo abstrato em delitos de periculosidade. Não mais o perigo como dado real, fático, e sim a periculosidade como aptidão de uma ação para produzir riscos fundamentaria os tipos de perigo abstrato. Os delitos de perigo abstrato foram classificados em delitos de periculosidade abstrata e de periculosidade concreta, conforme a tipicidade exigisse, respectivamente, um risco atrelado a um comportamento genérico ou específico. A concretização do tipo objetivo desses delitos, desvinculado da produção necessária de um resultado, abrangeria uma periculosidade da ação a ser, em cada caso, valorada *ex ante* na perspectiva de um sujeito médio colocado na posição do autor. Ademais, a vontade de criar o contexto de periculosidade aduzido pelo tipo objetivo seria indispensável à tipicidade.

Na Itália, diante da necessidade de constatação da periculosidade da conduta em alguns tipos perigo abstrato (*e.g.* os artigos 441 e 677 do Código Penal Italiano), Gallo¹⁵⁶ concebe existir: a) delitos de perigo presumido (presunção absoluta, perigo como mera *ratio*); b) delitos de perigo abstrato; c) delitos de perigo conectado causalmente a uma conduta. Segundo esse autor, todo perigo seria concreto e as distinções entre os tipos de perigo seriam estabelecidas de acordo com o grau de abstração das circunstâncias necessárias para verificar uma situação de perigo. As *fattispecie* em que fosse necessário examinar a periculosidade da ação comporiam os crimes de perigo abstrato. Isso porque, nesse exame, haveria abstração de circunstâncias verificadas sucessivamente ao fato (*ex post*), irrelevantes diante da idoneidade da conduta para provocar um dado resultado. Nos delitos de perigo abstrato, haveria a formulação de uma prognose póstuma em que o juiz valoraria *ex ante* – considerando as circunstâncias cognoscíveis segundo a experiência e as especiais do autor – se, no momento da ação, existia a possibilidade de um resultado lesivo ao bem jurídico (critérios tradicionais de averiguação do perigo concreto). Já naquela terceira categoria de delitos de perigo, o juízo do resultado (naturalístico) de perigo daquela conduta dependeria de todas

¹⁵⁵ HIRSCH, Hans Joachim. Peligro y peligrosidad. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 49, fasc. 2, p. 509-528, mayo/ago. 1996. p. 521-524.

¹⁵⁶ GALLO, Marcello. I reati di pericolo. **Foro Penale**, 1969. p. 1-5 *apud* RODRIGUEZ, Cristina Mendez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**, p. 170, 176-179.

as circunstâncias efetivamente realizadas até o momento de produção dele, sendo ilógico considerar somente as circunstâncias presentes no momento da ação. .

Na Alemanha, Schröder¹⁵⁷ mantém a distinção clássica entre os delitos de perigo concreto (perigo como elementar a ser verificada concretamente pelo julgador) e abstrato (presunção legal genérica, necessária e suficiente de periculosidade da ação para tipicidade), mas identifica dentre os últimos a subespécie dos delitos de perigo abstrato-concreto.¹⁵⁸ Nesses delitos, a adequação exigiria mais do que uma correspondência formal entre ação e tipo legal a presumi-la genericamente perigosa (delitos de perigo abstrato), mas não demandaria do juiz verificar o perigo efetivo para o bem jurídico (delitos de perigo concreto). Para haver tipicidade, seria necessário o julgador, numa perspectiva *ex ante*, elaborar juízo de prognóstico sobre a periculosidade da ação, a probabilidade de um resultado danoso (conceito de perigo) derivar dessa conduta, considerando todas e somente as circunstâncias existentes no momento da ação.

A teoria de Cramer¹⁵⁹ aproveita parcialmente a construção teórica de Schröder. Aquele autor distinguiu três níveis de afetação de um bem jurídico: a lesão (dano, prejuízo), o perigo concreto (probabilidade de uma lesão) e o perigo abstrato (probabilidade de um perigo concreto). Os delitos de perigo abstrato empregados na tutela de bens individuais, equivalentes a tentativas de perigo concreto, haveriam sua tipicidade material orientada teleologicamente conforme a periculosidade da

¹⁵⁷ SCHRÖDER, Horst. **Abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte?** JZ, 1967. p. 522 *apud* TORÍO LÓPEZ, Angel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 34, n. 2/3, p. 832-833, mayo/dic. 1981.

¹⁵⁸ Seriam exemplos de tipos de perigo abstrato analisados por Schröder no direito penal positivo alemão: o parágrafo 229 do StGB (objeto da ação qualificado por perigo não expresso, implícito): veneno ou outras *substâncias idôneas* para lesionar a saúde; o parágrafo 223 “a” do StGB (perigo como qualificador do instrumento do delito): lesão por meio de uma arma, especialmente uma faca ou outro *instrumento perigoso*; o parágrafo 3 LebMG (objeto da ação qualificado por perigo não expresso, implícito): *alimentos cujo consumo seja idôneo para lesionar a saúde*; o parágrafo 308 do StGB (objeto da ação qualificado por perigo não expresso, implícito): *objetos idôneos* por sua posição e natureza para propagar fogo; o parágrafo 223 “a” do StGB (perigo como resultado da ação): lesão causada através de uma ação que haja *posto em perigo* a vida. Em comum, esses tipos apresentam o conceito de “idoneidade”, que remeteria aos delitos de perigo abstrato, e de “perigo”, que aduz aos delitos de perigo concreto. Ver SCHRÖDER, Horst. **Abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte?** JZ, 1967. p. 522-525 *apud* RODRIGUEZ, Cristina Mendez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**, p. 197.

¹⁵⁹ CRAMER, Peter. **Der Volrauschatbestand als abstraktes Gefährungsdelikts**. Tübingen: [s.n.], 1962. p. 62-74 *apud* HERZOG, Felix. Limites al control penal de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 46, n. 1, p. 323-324, ene./abr. 1993.

ação a ser constata concretamente aos moldes da proposta de Schröder. Entretanto, no âmbito de proteção de bens jurídicos supraindividuais, os delitos de perigo abstrato equivaleriam a delitos de mera conduta, em razão de a natureza difusa desses bens obstar a determinação de uma lesão ou perigo.

Brehm¹⁶⁰ recusa o dogma do injusto de resultado e equipara os delitos de perigo abstrato aos crimes por imprudência, pois em ambos haveria condutas típicas perigosas descritas a serem valoradas concretamente na análise do dever violado. Esse exame da periculosidade da ação seguiria o procedimento de Schröder, mas consideraria, como numa constatação de culpa, os conhecimentos de um homem médio acrescidos, eventualmente, dos especiais do autor. Todavia, assim como em Cramer, os delitos de perigo abstrato relativos à proteção de bens jurídicos (supraindividuais) em contextos de risco seriam equiparáveis a delitos formais.

Em proposta mais recente, Torío López¹⁶¹ concebeu, dentro dos delitos de perigo abstrato, os delitos de perigo hipotético (contingente). Seguindo distinção de espécies normativas formuladas por Binding, Torío rejeita os delitos de mera desobediência (violações ético-sociais ou religiosas, os delitos de polícia e os injustos administrativos sancionados com penas) e afirma¹⁶² a necessidade de, em todos os delitos de perigo abstrato, haver exame da periculosidade da ação. A análise concreta da tipicidade (tridimensional) dos delitos de perigo contingente seria repartida nestes três momentos: a) o lógico, em que formalmente, em razão de segurança jurídica (*nullum crimen sine lege*), haveria constatação da descrição típica de uma ação genericamente perigosa para um bem jurídico; b) o teleológico, em que se formularia um juízo de periculosidade (probabilidade de um resultado lesivo) da ação seguindo a proposta de Schröder; c) o axiológico (valorativo ou normativo), em que se examinaria a contradição da ação com a norma anteposta ao tipo penal. Este

¹⁶⁰ BREHM, Wolfgang. **Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts**. Tübingen: [s.n.], 1973. p. 90-133 *apud* HERZOG, Felix. Limites al control penal de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 46, n. 1, p. 324, ene./abr. 1993.

¹⁶¹ TORÍO LÓPEZ, Angel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 34, n. 2/3, p. 825-847, mayo/dic. 1981. p. 838-840, 845-847.

¹⁶² Assim também: MEYER, Andreas H. **Die Gefährlichkeitsdelikte: ein Beitrag zur Dogmatik der 'abstrakten Gefährdungsdelikte' unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts**. Hamburg: LIT, 1992. p. 355 e ss, Buergo, Blanca Mendoza. La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstrato. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Madrid, n. 9, p. 39-82, ene. 2002. p. 76-82.

seria o momento decisivo e nele seria aplicável a teoria da imputação objetiva de Roxin¹⁶³, para verificar se ação era perigosa para bens jurídicos, ou seja, proibida pela norma (antinormativa) por criar ou aumentar um risco proibido.

4.2.3 Posicionamento

Numa perspectiva intrassistemática, de contenção do poder punitivo, não obstante o empenho do conjunto teórico penal acima descrito, a pretensão dogmática (técnica) de superação dos óbices à constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato não se efetivou em sentido lógico-formal e/ou material.

Se, por princípio da lesividade (afetação ou ofensividade), entende-se a proibição da intervenção punitiva que não “medeie, pelo menos um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”¹⁶⁴; se essa afetação é considerada ou uma lesão ou uma exposição a perigo; se as presunções (absolutas ou relativas) de periculosidade das ações conduzem a uma terceira forma de afetação, o perigo do perigo (probabilidade de probabilidade); então há violação desse princípio.

Essa incompatibilidade está paradoxalmente presente em modelos teóricos em que se admite, no todo (*e.g.* Kratzsch) ou parte (*e.g.* Gallo, Schröder, Roxin, Cramer, Jakobs, Kindhäuser, Brehm), a equiparação dos delitos de perigo abstrato a delitos formais ou de mera conduta. O raciocínio silogístico, como mera subsunção do fato a uma regra de periculosidade abstrata (genérica) da ação, bloqueia a possibilidade de concretamente afastar essa periculosidade. Assim, não apenas a exposição a perigo é hipotética (presumida), mas se reduz a antijuridicidade a antijuridicidade formal ou pior, sem qualquer correção do alcance proibitivo da norma, a antijuridicidade material se cinge à antinormatividade. Problema esse agravado intensamente em teorias como as de Mezger, Welzel, Hirsch, Kindhäuser e Jakobs, que direta ou indiretamente se afastam na noção de bem jurídico. A

¹⁶³ Para maiores precisões acerca da teoria da imputação objetiva, vide: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. rev. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 101-130.

¹⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal, p. 226.

perspectiva neokantiana dos três primeiros autores, como antes afirmado (item 3.1.2), torna secundária a afetação do bem jurídico ao enfatizar o conteúdo da ação (desrespeito ou menosprezo) como contrário a um valor cultural insculpido como finalidade das normas jurídicas. Essa postura é criticável (item 3.1.2, parágrafos 6, 7, 8) por seu ontologismo e seu subjetivismo ao empregar o bem jurídico apenas como pretexto retórico, sistemático e classificatório de criminalização (inclusive da antissociabilidade), além de pressupor um consenso universal inexistente em sociedades desiguais e divididas como as capitalistas. Mais refutável é a perspectiva funcional de Jakobs e Kindhäuser. Ambos, em consonância com os fundamentos da teoria social sistêmica de Luhmann, priorizam a segurança (validade fática das normas útil à disposição de bens jurídicos) em detrimento do indivíduo, cuja importância, dignidade, reduz-se ao papel que socialmente desempenha. Ademais, caso se entenda por bem jurídico “a relação de disponibilidade do sujeito para com um objeto”¹⁶⁵, percebe-se ser *ad infinitum* (proteção da disposição da relação de disposição) esse argumento sistêmico.

Se não há dúvidas de que o perigo é estágio prévio à lesão e de que o desvalor desta influi no desvalor daquele, defender (*e.g.* Roxin, Cramer, Brehm) a possibilidade de a tipicidade legal (adequação meramente formal) ser bastante para proteger bens jurídicos supraindividuais, por meio dos delitos de perigo abstrato, é um contrassenso. Se a proteção desses bens é contra uma lesão ou o perigo dela e a própria natureza desses bens dificulta ou impossibilita identificar essas formas de afetação; então, como tutelá-los contra uma lesão ou perigo desconhecido no todo ou em parte sem um sacrifício desproporcional do princípio da lesividade? Nesse ponto, identifica-se por que “a idéia de bem jurídico tutelado digere e neutraliza o efeito limitador da idéia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo.”¹⁶⁶

Igualmente ilógico e artificial é pretender substituir a suposta presunção absoluta dos delitos de perigo abstrato por presunções relativas ou legitimar-lhes pela carga semântica dos seus enunciados típicos (*e.g.* Angioni). A primeira pretensão, além de injustamente violar o princípio do *in dubio pro reo* em casos de impossibilidade de o acusado provar a inexistência do perigo, constrói-se em

¹⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 439.

¹⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal, p. 227.

oposição à falaciosa afirmação doutrinária de haver presunção absoluta de periculosidade nos delitos de perigo abstrato, já que, ao contrário dos delitos de perigo concreto, o perigo não é uma elementar. Essa interpretação científica¹⁶⁷ extensiva viola a “legal literalidade”¹⁶⁸ por atribuir ao legislador a “suposta vontade” de considerar presumido o perigo sem que ele mesmo o fizesse nos respectivos enunciados típicos. Supondo a determinação dos tipos legais e, por isso, a incomunicabilidade de suas interpretações, aquela conclusão residual é falha: não há qualquer nexo de disjunção exclusiva entre a presença do perigo como elementar num tipo e a existência presunção (absoluta ou relativa) de perigo noutra; o perigo, quer seja ou não elementar, deve ser provado. Maior subjetivismo ainda é sustentar, devido à carga semântica (evidente?!) de seus tipos, a incidência mecânica das normas penais antepostas aos pretensos delitos de perigo abstrato, pressupondo a univocidade das palavras nos textos legais, algo fortemente combatido a partir da viragem lingüística.¹⁶⁹

Mesmo a periculosidade como requisito necessário e suficiente à tipicidade dos delitos de perigo abstrato, em parte deles (e.g. Gallo, Schröder, Roxin, Cramer, Jakobs, Kindhäuser, Brehm) ou sua totalidade (e.g. Meyer, Torío López, Mendoza Buergo), é criticável. Os equívocos são justamente o conceito de perigo, o momento e amplitude da base do juízo de periculosidade da ação. Em geral, pretende-se a elaboração, por um observador (jugador) numa perspectiva *ex ante*, de um juízo (prognóstico) de periculosidade da ação como a probabilidade de um resultado lesivo (perigo) futuro derivado (causalistas) dessa conduta ou a ela objetivamente imputável (e.g. Torío López). Como apontou Mendez Rodriguez, “a doutrina tradicional sobre o conceito de perigo utiliza o juízo *ex ante* após constar que o resultado lesivo não se produziu nem se produzirá”.¹⁷⁰ Isso seria contraditório, pois a haveria análise da probabilidade da produção de um resultado danoso por uma conduta, considerando-se de antemão (retroativamente), como evento certo, a não

¹⁶⁷ Sobre a delimitação do objeto da interpretação da lei penal, ver CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral, p. 60-67.

¹⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1971. p. 1. v. 5.

¹⁶⁹ Indispensável nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 91-102.

¹⁷⁰ RODRIGUEZ, Cristina Mendez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**, p.180.

realização desse resultado. Não obstante isso, haveria abstração da possibilidade de circunstâncias posteriores à ação - dela decorrentes (efeitos) ou não - demonstrarem não ser ela perigosa ou removerem-lhe a periculosidade. Assim, nesse juízo de perigo, fazem-se hipóteses sobre o que nunca existiu (resultado lesivo) e se abstraem circunstâncias relevantes à periculosidade do fato, mas posteriores ao momento da ação. Inequivocamente, criminaliza-se o perigo do perigo, um grau de afetação de bem jurídico inexistente.

Diante da confusão e da aproximação entre perigo abstrato e concreto produzidas pelas técnicas intermediárias de tipificação (delitos de perigo possível, provável, abstrato-concreto etc.), parece, abstratamente, mais proporcional a solução jurídica defendida por Mendez Rodriguez. Propõe-se um conceito normativo de perigo, atribuído a um resultado (e não a uma ação) e valorado em referência ao bem jurídico afetado. Seria construído axiológica e normativamente um resultado de perigo, uma situação de exposição do bem jurídico a perigo. Ademais, fundamentariam esse conceito regras de experiência reconhecidas nos tipos penais de perigo. Essas regras permitiriam penalizar condutas que frequentemente implicassem resultados de perigo. A configuração do tipo penal representaria um limite à utilidade dessas leis, construídas conforme teorias matemáticas (estatísticas e probabilísticas) e, por isso, de aplicação menos relevante na análise concreta do caso (da ação). Isso porque “não se pode pretender determinar a probabilidade de um resultado lesivo quando o fato que presumidamente comportava risco de uma lesão já se desenvolveu, seus efeitos agora são conhecidos e consta a ausência de lesão”.¹⁷¹ A própria variação das condições de análise do caso concreto impediria a correspondência da ação com padrões de casos simétricos, iguais, homogêneos - geralmente considerados nas probabilidades - e, em tese, úteis à fixação abstrata do grau de periculosidade da ação diretamente no tipo. Diversamente, para a tipicidade penal e para a imputação do resultado perigoso à conduta, bastariam: a) a consideração (*ex post*) de todas as circunstâncias do caso concreto sem que elas variassem em relação à lei de freqüência em abstrato a que se referissem; b) a perda, pelo agente, do controle da situação que provocara. Isso permitiria entender o perigo como um risco de mal, realmente presente no momento de incerteza sobre a eventual produção de um resultado lesivo. Desse modo, os delitos de perigo seriam

¹⁷¹ RODRIGUEZ, Cristina Mendez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**, p. 118.

interpretados de modo mais próximo com o que tradicionalmente se concebeu por delitos de perigo concreto.

Por fim, não se pode olvidar a necessidade de expurgar do Direito Penal Econômico todos os injustos penais de perigo acessórios ao ilícito administrativo (delitos de mera desobediência), indisfarçadamente inconstitucionais por serem simples reforços da sanção administrativa e da tutela das funções administrativas.

5 CONCLUSÃO

Nas sociedades capitalistas ocidentais, o Direito Penal Econômico, desde sua criação, serviu à afirmação e à manutenção do capitalismo. As alterações qualitativas do sistema econômico, provocadas pelo desenvolvimento tecnológico produtivo, o acirramento dos conflitos de classes e o aumento da participação política das classes subalternas provocaram a derrocada do liberalismo e de sua ordem econômica no Estado Moderno. O princípio da autorregulação econômica sucumbiu diante das necessidades de segurança e de previsibilidade da atuação econômica, variáveis indispensáveis ao cálculo estratégico do risco de investimento empresarial especialmente após a Primeira Guerra Mundial e a Crise de 1929. Operacionalizou-se o Estado como garante dessas condições de planejamento econômico empresarial. O Direito mostrou-se útil a essas pretensões por traduzir normativamente os princípios do sistema capitalista (propriedade privada, apropriação particular do produto social do trabalho, herança, retribuição pelo equivalente salarial etc.) em ordens econômicas positivadas constitucionalmente. Nesse momento, surge o Direito Penal Econômico como o instrumento normativo mais poderoso de reforço das sanções administrativas aplicadas às infrações da ordem econômica. Desde então, a administrativização caracteriza a normativa penal econômica. Esse traço, ainda remanescente, constituiu a primeira grave limitação à legitimação do Direito Penal Econômico pela literatura penal, que já em Binding contestava a validade dos crimes de mera desobediência.

A partir de meados do século XX, a globalização, o incremento do capitalismo financeiro, a intensificação da divisão social do trabalho, a especialização flexível da produção e a ampliação das necessidades dos trabalhadores expuseram, diante da capacidade de estratégia, de criação e de associação das organizações empresariais complexas, o esvaecimento da gestão estatal macroeconômica planejada e viabilizada por parâmetros fixos como a lei. A complexidade das relações sociais, combinada à fragmentação política e à concentração de poder econômico, possibilitou a essas organizações orientar ao atendimento de seus interesses setoriais o aparelho estatal. Nesse sentido, foi fundamental esfacelar o Estado-nação, para o que as diretrizes neoliberais de

redução e de eficiência da atuação estatal e a globalização econômica mostraram-se ideológica e materialmente complementares.

Na referida sociedade de risco, a expansão do Direito Penal é emblemática dessa desestruturação neoliberal do Estado Democrático de Direito. O surgimento de novos riscos num modelo de sociedade que, paradoxalmente, questiona, mas não supera - ao contrário, reafirma -, os pressupostos de seu desenvolvimento (capitalismo industrial) implicou uma pressão sobre as liberdades e garantias fundamentais liberais do Direito Penal. A “flexibilização” dessas conquistas foi crucial para legitimar a criminalização em “novos” âmbitos (*e.g.* o econômico) e ocultar a violência estrutural capitalista.

No interior do sistema penal, o conceito de bem jurídico protagonizou os inúmeros contorcionismos do discurso oficial para sustentar a proteção penal de bens jurídicos supraindividuais. As transformações mais recentes do conceito desse referencial material do delito culminaram com a sustentação, em perspectiva funcional majoritariamente roxiniana, da tutela subsidiária e fragmentária da ordem econômica, inclusive antecipadamente. Isso sob a justificativa de prevenir perigos ou lesões a esse bem, indispensável à projeção individual e, principalmente, social da personalidade humana. Entretanto, os limites desse discurso são lógica e empiricamente demonstráveis.

A literatura penal, apesar de algumas tentativas louváveis de vertentes críticas, não desenvolveu procedimentos normativos aptos a demonstrar a afetação autônoma de bens jurídicos coletivos. A administrativização do Direito Penal Econômico e a dispersão de sua vasta normativa retratam, no mínimo, a dificuldade de sistematização e de definição desse direito, justamente em razão da ausência de um referencial material mais seguro, criminologicamente mais consistente.

Comumente, devido a processos argumentativos circulares, as funções administrativas são confundidas com o próprio bem jurídico ordem econômica. Isso porque a lógica do discurso punitivo que ampara a tutela penal da ordem econômica se respalda num discurso genérico de criminalização, desatento às especificidades criminológicas do delito econômico. Dessa forma, transpõem-se ideologicamente ao Direito Penal Econômico positivas limitações como: a) a pressuposição de uma sociedade uniforme e consensual, empenhada na própria defesa contra uma minoria desviante; b) o mascaramento conflitos estruturais por conflitos interpessoais e entre indivíduo e sociedade; c) a deformação e a parcialidade da compreensão da

negatividade social (indispensável à crítica do sistema punitivo); d) a idealização e a vagueza dos seus conteúdos, interesses que, realmente, atrelam-se à manutenção do capitalismo; e) a dificuldade de, em face da práxis social, política e jurídica da interpretação constitucional, “harmonizá-lo” formal e materialmente com a própria Constituição e com os princípios penais.

A falta de um referencial material do delito econômico mais seguro do que a ordem econômica oportuniza a utilização funcional e simbólica do Direito Penal Econômico. No Estado de Segurança (Prevenção) a “luta” contra criminalidade sistêmica econômica e financeira compensa a insegurança social com uma imagem de segurança promovida pelo Direito Penal Econômico, cujas penas serviriam à promoção da confiança no ordenamento jurídico. Entretanto, empiricamente verifica-se: a) não haver, com razoável eficiência e qualidade jurídicas, a criminalização das atividades da criminalidade econômico-financeiras e/ou aplicação e execução das respectivas penas; b) a ocultação da funcionalidade entre a acumulação lícita e ilícita de capital. Assim, ideologicamente, não só a segurança (uma necessidade secundária) é alçada a necessidade primária, mas a proteção dos valores e dos fundamentos do capitalismo pelo Direito Penal Econômico inviabiliza a superação desse sistema e, em dúplice perspectiva (lícito/ilícito), incrementa-o.

Além disso, a instrumentalidade do Direito Penal Econômico à gestão capitalista do risco apresenta graves complicações ao dispor dos delitos de perigo como técnica supostamente mais eficiente para tutela antecipada da ordem econômica. O dualismo clássico (crimes de perigo concreto - crimes de perigo abstrato) não superou a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, cujo injusto concentrava-se num desvalor de ação genérico, automaticamente atribuído a uma conduta, a fundir, equivocadamente, antinormatividade e antijuridicidade. As subseqüentes técnicas intermediárias diluíram aquela distinção, mas permaneceram inconstitucionais por violação do princípio da lesividade. Em geral, o equívoco dessas técnicas é manter o conceito de perigo como probabilidade de um resultado lesivo e adotar a perspectiva *ex ante* para verificá-lo, considerando somente as circunstâncias presentes no momento da ação. Além da supressão de circunstâncias e efeitos posteriores à ação relevantes para aquele juízo, parece contraditório verificar a probabilidade de um resultado (lesivo) que, de antemão, sabe-se que não se verificará. Inegavelmente, haveria criminalização do perigo do perigo, algo diverso da lesão ou da colocação de bem jurídico em perigo. Proposta

mais razoável pareceu a de conceber o perigo como um conceito normativo atribuído a um resultado e valorado em referência ao um bem jurídico. Esse perigo seria verificado *ex post* - considerando todas as circunstâncias concretas e invariáveis em relação a uma lei abstrata de freqüência – com a perda do controle do agente sobre a situação que provocara.

Em face de todas as limitações expostas (ideológicas/reais; extrassistemáticas/intrassistemáticas), incumbe ao penalista crítico, além de compreendê-las, reconstruir criminologicamente um referencial material do delito econômico mais adequado aos princípios de um Direito Penal Mínimo e às especificidades da criminalidade econômica. Tarefa, em última análise, dependente da superação do próprio capitalismo e da afirmação real dos direitos humanos. Tentou-se com este trabalho, na perspectiva estratégica de contenção do poder punitivo, contribuir com esse desiderato.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Kriminologie**. München: C.H. Beck, 1999.

ALTHUSSER, Louis. **Sobre a reprodução**. Petrópolis: Vozes, 1999.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. Problemática geral das infracções contra a económica nacional. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal económico**. São Paulo: RT, 2000. p. 65-98.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANGIONI, Francesco. **Il pericolo come elemento della fattispecie penale**. Sassari: Chiarella, 1981.

ANGIONI, Francesco. **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico**. Milano: Giuffrè, 1983.

BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Económico**. Curitiba: Juruá, 2006.

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

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)**. Buenos Aires: B de F, 2004.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-24, jan./mar. 1994.

BARATTA, Alessandro. **Positivismo giuridico e scienza del diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1966.

BATISTA, Nilo. Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 78-89, jan./jun. 1982.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

BAUMANN, J. **Wirtschaftsstrafrecht**, Staatslexikon, 6, Aufl. Bd 8, 1963.

BECK, Ulrich. Teoria de la sociedad del riesgo. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo**. Trad. Celso Sánchez Capedequí. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 201-222.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesús Albores Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.

BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertragung**. Leipzig: Weidmann, 1992. v. 1.

BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts**. 4. ed. Aalen: Scientia Verlag, 1965.

BINDING, **Normen I**, 2ª, 1890. p. 372.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. rev. Trad. de Carmen C. Varriale *et. al.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 2.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal: parte geral**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento marxista**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BREHM, Wolfgang. **Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts**. Tübingen: [s.n.], 1973.

BUERGO, Blanca Mendoza. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. In: DA AGRA, Cândido *et al.* **La seguridad en la sociedad del riesgo**. Barcelona: Atelier, 2003. p. 67-89.

BUERGO, Blanca Mendoza. La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 9, p. 39-82, ene. 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal Econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 196-201, jan./jun. 1982.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. Separata do **Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 4, p. 1-54, jan./mar. 2000. Disponível em: <<http://www.direitofranca.br/download/IntroducaoaosPrincipiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasileiro2005.doc>>. Acesso em: 09/09/2009.

CRAMER, Peter. **Der Volrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikts**. Tübingen: [s.n.], 1962.

DENNINGER, E. Der Präventions-Staat. **Kritische Justiz**. XXI, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: RT, 2000. p. 11-63.

EAGLETON, Terry. **Ideologia**. São Paulo: Boitempo, 1997.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2004.

GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito en su momento actual**. Barcelona: Bosch, 1959.

GALLO, Marcello. **I reati di pericolo, in Foro penale**. [s. l.]: [s.n.], 1969.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAY, John. **Falso amanhecer**: os equívocos do capitalismo global. Rio de Janeiro: Record, 1999.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Beckman Meirelles *et al.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: ESMP, 1993.

HERZOG, Felix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. **Revista de Derecho Penal**, Montevideo, n. 12, p. 203-206, jul. 2001.

HERZOG, Felix. Limites al control penal de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 46, n.1, p. 317-327, ene./abr. 1993.

HIRSCH, Hans Joachim. Peligro y peligrosidad. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 49, fasc. 2, p. 509-528, mayo/ago. 1996.

HORN, Ekhart. **Konkrete Gefährungsdelikte**. Köln: [s.n.], 1973.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general**: fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **Strafrecht (Allgemeiner Teil), Die Grundlagen und die Zurechnungslehre**. Berlin: Walter De Gruyter, 1993.

JEROUSCHECK, Günther. **Straftat und Traumatisierung. Überlegungen zu Unrecht, Schuld und Rehabilitierung der Strafer aus viktimologischer Perspektive**, JZ, 2000.

KINDHÄUSER, Urs. **Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

KRATZSCH, Dietrich. **Verhaltessteuerung und Organisation im Strafrecht**. Berlin: [s.n.], 1985.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização econômica e crise dos Estados nacionais. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 151-161.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**: análise das mazelas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

MARX, Karl. **Crítica ao programa de Gotha**. Disponível em: <http://www.pstu.org.br/biblioteca/marx_gotha.pdf>. Acesso em: 24/09/2009.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manuscritos econômico-filosóficos: Trabalho alienado e a superação positiva da auto-alienação humana. In: FERNANDES, Florestan (Org.). **Marx/Engels-História**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1989. p. 146-181. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Teoria e processo histórico da revolução social (prefácio à Contribuição à crítica da economia política). In: FERNANDES, Florestan. (Org.) **Marx/Engels-História**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1989. p. 231-235. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

MAYER, Max Ernst. **Normas jurídicas y normas de cultura**. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MEYER, Andreas H. **Die Gefährlichkeitsdelikte: ein Beitrag zur Dogmatik der 'abstrakten Gefährdungsdelikte' unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts**. Hamburg: LIT, 1992.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal - parte general**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Bosch, 1982.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

PASUKANIS, Eugeny. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Trad. Paulo Bressa. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de mera conduta**. São Paulo: RT, 1977.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: RT, 1973.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1971. v. 5.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: fragmentario, subsidiario, ultima ratio: reflexiones sobre La razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. In: _____. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 427-446.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedade del riesgo y derecho penal. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). **El penalista liberal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 147-179.

RABL, Kurt O. **Gefährdungsvorsatz**. Breslau-Neukirch: [s.n.], 1933.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RIGHI, Esteban. **Derecho penal econômico comparado**. Buenos Aires: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

RODRIGUEZ, Cristina Mendez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Madrid: Universidad Complutense, 1993.

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

ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general (Tomo I). Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena *et al.* 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2 ed. rev. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANCHÉZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel. **El moderno derecho penal y la antecipación de la tutela penal**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**. Bogotá: Ediciones Universidad Nacional de Colombia, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. On modes of production of law and social power. **International Journal of Sociology of Law**, n. 13, p. 299-336, 1985.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. **Gesinnungsmerkmale im Strafrecht**. [s.n.]:Tübingen, 1958.

SCHRÖDER, Horst. **Abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte?** JZ, 1967.

SCHRÖDER, Horst. Die Gefährungsdelikte im Strafrecht. **ZStW, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 81, 1969.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** Madrid: Tecnos, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Modernen Tendenzen in der Dogmatik des Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte.** In: JA, Juristische Arbeitsblätter, 1975.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição.** São Paulo: RT, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal.** São Paulo: Manole, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVARES, Juarez. **Bien jurídico y función en derecho penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

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

TEUBNER, Gunther. Verrechtlichung-Begriffe, Merkmale, Grenzen. Auswege. In: KÜBLER (Hrsg.). **Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität.** Baden-Baden: [s.n.], 1984.

TIEDMANN, Klaus. La reforma del derecho penal económico alemán y el proyecto de código penal tipo para iberoamerica. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 20, p. 593-603, 1983.

TORÍO LÓPEZ, Angel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 34, n. 2/3, p. 825-847, mayo/dic. 1981.

VOLZ, Manfred. **Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte**. Göttingen: [s.n.], 1968. p. 21.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguet, 1999.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán (parte general)**. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.

WELZEL, Hans. **Naturrecht und materiale Gerechtigkeit**. Göttingen: [s.n.], 1957.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2004.

OBRAS CONSULTADAS

ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. In: BITTAR, W. B. (Org.). **A Criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 119-144.

ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. As aporias da democracia: uma (re)leitura possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 151-161.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BUSATO, Paulo; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, André Luís. **Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 191p.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. ICPC/Lumen Juris, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito constitucional e filosofia da constituição**. Curitiba: Juruá, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal Econômico. In: _____. **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 293-318. v. 1.

CORREIA, Eduardo. Notas críticas à penalização de actividades económicas. **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 365-373. v. 1.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Trad. Menelick de Carvalho Neto e Juliana N. Magalhães. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Algumas reflexões sobre o Direito Penal na 'sociedade de risco'. **Problemas fundamentais de Direito Penal**: homenagem a Claus Roxin. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. t I. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O comportamento criminal e a sua definição**: o conceito material do crime: questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: RT, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Sobre a construção dogmática do fato punível**: questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: RT, 1999.

DUSSEL, H. **1492**: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade – fundamentación de la ética y filosofía de la liberación. México: Siglo Veintiuno, 1992.

GRECO, Luís. "Princípio da Ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira das Ciências Criminas**, São Paulo: RT, v. 49, p. 2004.

LUDWIG, C. L. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 2, a. 4, p. 1994.

PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: RT, 2000.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto: Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005.

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

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

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris; ICC, 2007.