

BEM JURÍDICO- PENAL E O DIREITO PENAL ECONÔMI- CO

*LEGAL-CRIMINAL
GOODS AND THE ECO-
NOMIC CRIMINAL LAW.*

*Rodrigo Gomes Teixeira*¹

Resumo

Este trabalho tem por fim debater acerca da legitimidade dos crimes econômicos no contexto constitucional que consagra o Estado Democrático e Social do Direito, tratando especificamente sobre a existência ou não de um bem jurídico-penal econômico próprio e autônomo no âmbito do Direito Penal Econômico.

Palavras-chave: Crimes Econômicos. Bem Jurídico. Direito Penal Econômico.

Abstract

This paper aims to discuss about the legitimacy of economic crimes in the constitutional context that establishes the Democratic and Social Rule of Law State, dealing specifically about the existence or not of a good criminal legal and economic self-autonomous under the Economic Criminal Law.

Keywords: Economic Crimes. Legal goods. Economic Criminal Law.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é debater sobre a legitimidade dos crimes econômicos no contexto constitucional que consagra o Estado Democrático e Social do Direito, tratando especificamente sobre a existência ou não de um bem jurídico-penal econômico próprio e autônomo no âmbito do Direito Penal Econômico.

A importância do tema dispensa maiores comentários, sendo suficiente uma rápida análise da quantidade de trabalhos produzidos sobre o assunto em questão nos últimos tempos, sem que se chegue, entretanto, a consensos mais profundos e duradouros.

A atualidade dessa discussão também é notória, em especial em face do fenômeno chamado por alguns de expansão do Direito Penal e por outros de modernização do Direito Penal, sentida pela proliferação de novos delitos, tutelando bens até então desprotegidos, por meio de técni-

¹ Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC). Mestrando em Direito pela UFPE. Procurador da República.

cas muitas vezes criticadas por parcela importante da doutrina, em virtude da alegada flexibilização de garantias penais e processuais clássicas (GRECO, 2011,p. 1.).

A sociedade, por sua vez, não ignora as consequências dessas transformações ocorridas no Direito Penal, ao contrário, exige respostas imediatas das autoridades constituídas diante dos problemas modernos decorrentes dos novos riscos provocados pelas atividades, muitas vezes, incentivadas na sociedade pós-industrial e que trazem benefícios, em tempos normais, para a comunidade como um todo.

Por outro lado, o Estado, antes liberal, transmuda-se em Estado Social, responsabilizando-se por diversas prestações e por diversos encargos sociais, que assumem a natureza jurídica de verdadeiros deveres constitucionais, visto que consagrados expressamente pelas Constituições modernas, por serem considerados essenciais para o desenvolvimento pleno dos indivíduos integrantes da comunidade.

É, portanto, nesse contexto que se insere o nosso debate. Temos o anseio de saber se a transformação por que passa o Direito Penal pode ser taxada de uma ilegítima expansão ou se, ao invés, o Direito Penal apenas se moderniza legitimamente, adaptando-se aos novos tempos e respondendo às novas demandas sociais, assumindo assim, o papel que se espera do ramo mais repressivo do Estado.

2. BEM JURÍDICO-PENAL ECONÔMICO COMO CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

O estudo sobre a legitimidade do Direito Penal Econômico passa obrigatoriamente pela verificação da existência ou não de um bem jurídico-penal próprio e autônomo protegido nos diferentes delitos econômicos.

O princípio do bem jurídico é uma conquista do Direito Penal clássico que, não obstante alguns críticos, a

maioria dos penalistas não admite abrir mão.

Desde o período da Ilustração, buscou-se estabelecer um conceito material de delito, conceito esse que serviria de escudo protetor contra eventuais excessos estatais na definição de crimes. Buscava estabelecer um instrumento jurídico que limitasse a atuação do Estado-juiz e do Estado-legislador na criação e na interpretação das leis penais criadoras de crimes (SILVEIRA, 2003. p. 37.).

A admissão de características materiais de delito, limitativos de um normativismo penal arbitrário, mantém íntima relação com gênese da noção de bem jurídico-penal. Esse conceito de bem assume mesmo uma posição pré-jurídica, que caracterizaria uma natureza ôntica do ilícito penal, conforme veremos mais adiante.

O moderno conceito de bem jurídico surge em 1834, com Birnbaum. Este substitui o conceito anterior, baseado na ideia de direito subjetivo, de autoria de Feuerbach, que entendia como função do Direito Penal o

implemento da prática de condutas lesivas a direitos subjetivos dos membros da comunidade (*Idem*, p.40).

A partir de então, a ideia de que cumpre ao Direito Penal a tutela do bem jurídico ganha força.

Concomitantemente, afirma-se como uma das funções do bem jurídico-penal a função de garantia, crítica ou delimitadora, caracterizada como sendo aquela destinada a limitar o direito punitivo do Estado (PRADO, 2003, p. 60).

Podemos concluir que a criação do conceito de bem jurídico-penal consistiu, sem dúvida alguma, em uma das mais importantes conquistas do período iluminista, e que caracteriza o Direito Penal até os tempos atuais.

Visto isso, afirma-se, em síntese, que o princípio de bem jurídico ocupa, desde então, posição de destaque na política criminal e na dogmática penal com elemento funcional delimitador do *jus puniendi* do Estado.

Ocorre que, o conceito de bem jurídico, produto que foi de uma época, surgiu influenciado pelos pensamentos

dominantes no período da Ilustração. Esses pensamentos possuíam uma influência da classe burguesa, e detinha uma vocação eminentemente individualista. Por isso, o conceito de bem jurídico-penal da época das luzes, e que serviu de legado para o Direito Penal clássico, preocupava essencialmente com bens individuais.

É inegável, portanto, o cariz individualista do então bem jurídico-penal. O Direito Penal tutela, ou deve tutelar, apenas bens individuais, e somente naquelas hipóteses de grave lesão ou de perigo concreto de lesão e naqueles casos em que os demais ramos do Direito se mostrarem incapazes de proteger o referido interesse. Estamos diante do chamado Direito Penal clássico ou nuclear, era um Direito Penal básico.

Desse período, herdamos a definição da função primordial do Direito Penal, a saber, a tutela do bem jurídico consagrada pela lei penal, bem como as funções principais atribuídas ao princípio do bem jurídico. A determinação do bem jurídico-penal próprio em cada tipo penal continua sen-

do a condição *sine qua non* da criação de crimes pelo legislador ordinário.

Feita essa constatação, é inegável que o Direito Penal Econômico também deve condicionar sua legitimidade à determinação, em cada um dos seus tipos penais, do respectivo bem jurídico-penal tutelado. Não se esquivava esse “ramo do direito” dessa condição de existência comum a todo Direito Penal.

A questão que se impõe é saber se o referido Direito Penal Econômico, característico dos novos tempos, observa a exigência de possuir um bem jurídico-penal próprio e delimitado. Antes de tentarmos responder essa questão é indicado proferirmos algumas palavras sobre o conceito de bem jurídico e seus reflexos para as ciências criminais.

3. BEM JURÍDICO-PENAL

A importância do conceito de bem jurídico para o Direito Penal é retratada, de forma ilustrativa, pelos ensi-

namentos do professor Manuel da Costa Andrade:

Talvez poucas expressões sejam mais caras e ocupem mais espaço na literatura contemporânea voltada à política criminal e à dogmática jurídico-penal do que a expressão bem jurídico. Para a política criminal contemporânea – pelo menos para a política criminal perspectivada no horizonte de um Estado de Direito e numa sociedade aberta e plural – vale como um axioma a afirmação segundo a qual é a tutela de bens jurídicos que simultaneamente define a função do Direito Penal e marca os limites da legitimidade da sua intervenção. No plano dogmático, por seu turno, continua a apelar-se ao bem jurídico como critério fundamental numa interpretação teleológica como base de um sistema classificatório da

parte especial, como suporte do tipo e fundamento da ilicitude material e ainda como princípio de solução de controvérsias em domínio como concurso, as causas de justificação, etc. (ANDRADE, 1998, p. 389).

Pois bem, como ponto de partida da análise do bem jurídico-penal nos delitos ditos econômicos, escolhamos uma vez mais a passagem do texto do prof. Manuel da Costa Andrade, na qual noticia formulação do prof. Figueiredo Dias que ressalta a importância da dimensão crítica do bem jurídico, nos seguintes termos:

Em conclusão, do que toca à dimensão crítica do bem jurídico, impõe-se, na formulação de Figueiredo Dias, uma visão funcional, que o vê (ao bem jurídico), como unidade de aspectos ônticos, e axiológicos, através do qual se exprime o interesse, da pessoa ou da

comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em se mesmo socialmente relevante e por isso valioso (ANDRADE, 1998, p. 396.).

Dessa afirmação, desde logo, podemos constatar uma função, diríamos mesmo, constitutiva do conceito de bem jurídico do ilícito material penal, limitativa, portanto, porque prévia, da atividade do legislador ordinário na criação dos crimes em geral.

Essa função crítica do bem jurídico-penal, conhecida também como função de garantia ou determinadora ou, ainda, delimitadora, funciona como norte do legislador, limitando-o a atuar no estrito espaço do ilícito material penal, espaço esse indicado pelo bem jurídico tutelado, de maneira pré-jurídica, porque anterior ao sistema jurídico e baseada na busca de uma natureza ôntica do bem útil ao ser humano e à coletividade que se insere.

Em mais uma síntese construtiva, podemos verificar

que, nesse âmbito, o bem jurídico-penal assume uma atribuição pré-legal, pré-sistêmica, isto é, anterior à elaboração do tipo penal.

Mas não é só.

Também são funções do bem jurídico a função teleológica ou interpretativa, a função individualizadora e a função sistemática (PRADO, 2003, p. 60-61.).

A função teleológica ou interpretativa procura funcionar como parâmetro interpretativo para os operadores do direito que irão conhecer e, posteriormente, aplicar a lei penal. Atua por isso após a criação do tipo penal.

Vimos que o conceito de bem jurídico constitui a matéria-prima do crime, é o suporte material do ilícito penal, portanto, sem conhecê-lo devidamente impossível realizar uma correta interpretação do tipo penal. Não são outros os ensinamentos de Regis Prado:

Função teleológica ou interpretativa: como um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona

seu sentido e alcance à finalidade de proteção de certo bem jurídico (*Ibidem*).

Outra importante função do bem jurídico-penal é a função individualizadora. Essa função relaciona-se ao caro princípio da lesividade ou da ofensividade. Entende-se por ela, que o montante da pena aplicada na sentença penal terá, necessariamente, relação com o grau ou gravidade da lesão infringida ao bem jurídico tutelado.

É preciso se dizer, que essa função resta um tanto prejudicada naqueles crimes em que não existe dano, no sentido naturalístico do termo, como, por exemplo, em alguns crimes econômicos que adotam a técnica de incriminação dos crimes de perigo abstrato.

Por fim, cumpre citarmos a função realizada pelo conceito de bem jurídico-penal conhecida por função sistemática. Segundo essa função, os crimes são distribuídos (ou classificados) nos estatutos legais de acordo com a nature-

za de seu bem jurídico-penal. Explica o prof. Regis Prado:

Função sistemática: como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipo da parte especial do Código Penal. Os próprios títulos ou capítulos da parte especial são estruturados com lastro no critério do bem jurídico em cada caso pertinente (PRADO, 2003. p. 61.).

Feita essa breve explanação sobre as características e sobre as funções principais do bem jurídico-penal, a questão que agora se coloca, é saber se as características e as funcionalidades do conceito de bem jurídico no Direito Penal geral apresentam alguma mudança ou alguma peculiaridade no âmbito do Direito Penal Econômico.

Para responder a esse questionamento, necessário se faz proferirmos algumas palavras sobre o contexto de surgimento desse “ramo jurídi-

co”, bem como sobre algumas de suas características.

4. DA MUDANÇA DE PARADIGMA

O Direito Penal Econômico está no cerne da discussão travada entre os estudiosos do Direito Penal que, de um lado, defendem que as transformações recentes configuram uma ilegítima expansão das leis penais enquanto outros argumentam que, na verdade, o que temos hoje são mudanças necessárias para integrar ao arcabouço de proteção do Direito Penal aos novos interesses sociais surgidos a partir dos riscos provocados pelos notáveis avanços tecnológicos dos últimos anos.

São evidentes as transformações das relações sociais e econômicas, todas com reflexo nas relações jurídicas reguladas pelo Direito Penal e pelos ramos de direito não penal.

A evolução tecnológica trouxe consigo uma série de novos riscos sociais, sem falar no surgimento de novos interesses criados pela revolução científica. Os produtos das

descobertas científicas e tecnológicas não foram apenas certezas, mas também diversas incertezas, acarretando um clima contraditório de insegurança diante dos novos riscos. Temos, na já consagrada expressão Ulrich Beck, a sociedade de risco.

Característica própria desse momento é o incremento de atividades incentivadas por acarretarem benefícios e facilidades à sociedade, mas com indiscutíveis efeitos colaterais, dentre os quais podemos citar o latente poder lesivo em massa dessas atividades e a dificuldade de se imputar a responsabilidade dessas atividades em virtude da diversidade de atores distribuindo entre si diversas tarefas.

O Direito, como relação social normatizada, não poderia passar incólume a essas transformações. Sofre, assim, diversas e profundas mudanças, muda de paradigma.

No ramo do Direito Constitucional, digno de nota é o movimento de absorção pelas Constituições modernas dos direitos chamados de segunda e de terceira gerações,

em face da consagração por esses textos constitucionais do modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

O Estado, em função desse novo paradigma, assume novas responsabilidades, obriga-se a novos encargos sociais. Proliferam-se nas Constituições as obrigações positivas do Estado, agora também consideradas indispensáveis para o pleno desenvolvimento do indivíduo.

Percebe-se que as obrigações negativas características dos direitos individuais ou de primeira geração são insuficientes para a prossecução da plenitude do ser humano, sobretudo para aqueles que compõem as classes sociais menos privilegiadas sob o aspecto econômico. Agora o Estado não viola o Estado por meio de ações em sentido estrito, mas também por meio de omissões. Em outras palavras, não basta ao Estado se abster, no novo paradigma constitucional é necessário também o agir, o prover ou o promover estatal.

Consequência de primeira ordem dessa assunção de deveres pelo Estado é a

necessidade de, inicialmente, incrementar e, posteriormente, proteger as receitas estatais. Afinal de contas, nesse novo contexto, para a promoção de direitos precisa o Estado de meios para consecução de seus fins. Tamanha é a força dessa ideia no meio jurídico que uma das teorias que tem prevalecido no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, em relação aos direitos sociais, é a *regra da reserva do possível e do mínimo existencial*.

Aires de Sousa, contextualizando o Direito Penal no atual Estado de Direito Social, nos explica as implicações funcionais e a necessidade de se atingir uma higidez fiscal:

(...) reconhece-se que a agenda do Estado de direito social é composta por três grandes funções – a afectação de recursos; a função de redistribuição e a função de estabilização económica – cujo cumprimento depende em larga medida do

sistema fiscal (SOUSA, 2009, p. 294).

Também no âmbito do Direito Civil a mudança de paradigma é visível. Até mesmo conceitos civilistas clássicos, como a propriedade, são adjetivados de elementos socializantes como, por exemplo, a função social. O individualismo, produto, sobretudo da época do Iluminismo, cede espaço para a ideia de solidariedade e de dignidade da pessoa humana.

Essa alteração de percepção e de tratamento não é gratuita. Percebeu-se que algumas ações têm um potencial amplamente destrutivo, especialmente em face do fenômeno da globalização e dos mencionados avanços tecnológicos. Fraudes contábeis, por exemplo, podem acarretar crises na economia mundial, o acionamento de um dispositivo bélico pode provocar a destruição de todo um continente.

Essa realidade, por óbvio, também influenciou no Direito Penal. Esse ramo do direito se transformou. A função do Direito Penal, outrora

definida como tutela dos bens jurídicos de natureza individual, conquista clássica, é posta em xeque, em virtude de alguns exageros.

A mencionada mudança de paradigma do individual para o coletivo ou social, faz com que surjam tipos penais postulando a proteção de bens coletivos ou supra-individuais, outrora, desconhecidos do âmbito dos quadros penais. Estamos diante da já anunciada “expansão” ou “modernização” do Direito Penal.

Sobre esse fenômeno, escreve Luís Greco:

A todo lado surgem novas incriminações, que decorrem da proteção penal ou de bens jurídicos coletivos apenas recentemente entendidos como merecedores de proteção (exemplo paradigmático: direito penal ambiental), ou da criação de bens jurídicos coletivos até então de todo desconhecidos (o que ocorre principalmente no direito penal eco-

nômico). Novos perigos do mundo industrial-global são cada vez mais objeto de normas penais: drogas, terrorismo, tráfico internacional de armas e de pessoas, transplante de órgãos e tecnologia genética, comportamentos socialmente lesivos praticados pelas classes mais elevadas (criminalidade de colarinho branco, criminalidade do estado, crimes of the mighty). Mas as novas criminalizações derivam não apenas da expansão do âmbito de objetos protegidos, e sim também de uma antecipação da proibição penal: mencione-se especialmente a tendência de se formularem-se novos crimes de perigo abstrato, isto é, de tipos que declaram punível um comportamento sem exigir lesão real ou perigo concreto a um bem jurídico. Discute-se também a deficiência do direito penal

como instrumento de controle de comportamentos: termos frequentes aqui são o direito penal simbólico e a prevenção geral positiva (GRECO, 2011. p. 1-2).

Como já dito, a referida alteração do Direito Penal não é aceita por todos. Parcela importante da doutrina penal entende ilegítima essa expansão do ramo do direito punitivo penal. Critica-se a absorção dos bens coletivos ou supra-individuais pelo Direito Penal, entendendo que os referidos bens não admitem que o princípio do bem jurídico-penal desempenhe suas devidas funções.

Por outro lado, criticam-se a técnica de antecipação da tutela penal, utilizada pelos crimes de perigo abstrato, ou seja, crimes sem lesão ou perigo real de lesão à bens jurídico-penais, alegando que, ao fim e ao cabo, esse direito penal não protege bem jurídico algum, apresentando-se, por isso, com uma aparência nitidamente simbólica e inconstitucional.

Como proposta de solução da ilegítima expansão do direito penal surgem diversas sugestões. Cito, inicialmente, como representante da posição deslegitimadora a proposta de Hassemer, representante da Escola de Frankfurt, com seu Direito de Intervenção, assim resumida pelo prof. Artur de Brito Gueiros:

A proposição deslegitimadora ou reducionista provém, basicamente, da produção acadêmica do Instituto Científico Criminal de Frankfurt – também conhecido como Grupo de Professores ou, simplesmente, Escola de Frankfurt do Direito Penal. A preocupação central dessa corrente seria a de que, numa tendência marcadamente expansionista, reguladora de atividades que até então não cuidava, a disciplina venha a se tornar algo totalmente diferente do que foi, na medida em que, embora possa conservar o

rótulo Direito Penal, restará, na prática, completamente distanciada de tudo aquilo que historicamente representou o saber jurídico-penal (SOUZA, 2011, p. 125.).

E continua o professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro sobre a Escola de Frankfurt e sobre as ideias de Hassemer, seu principal representante:

Cumprе atentar, porém, que Hassemer e, em regra, os demais integrantes daquela Escola, não propõem uma absoluta desregulamentação de condutas que vulneram a ordem econômica. Não se cuida assim de uma doutrina abolicionista, como alguns, equivocadamente, a adjetivam. Segundo Hassemer, deveria retroceder-se para onde funciona bem, isto é, ao denominado Direito Penal clássico ou nuclear – ou seja, ao âm-

bito das infrações que mais afetam os interesses fundamentais do indivíduo-, ao passo que as infrações concernentes às violações desses novos interesses sociais – v.g., ordem econômica e meio ambiente – deveriam ser prevenidas por aquilo que ele, Herzog e Lüderssen denominam de Direito de Intervenção, que seria um direito de cunho sancionador situado a meio caminho entre normas penais e extrapenais (SOUZA, 2011, p.125).

Em posição intermediária temos a produção de Jesús María Silva Sánchez, com seu Direito Penal de duas velocidades. Silva Sánchez propõe um tratamento diferenciado conforme seja a pena aplicada ao fato tipificada. Sobre essa construção escreve o prof. Artur Gueiros:

Resignadamente, Silva Sánchez propõe como solução a bipartição do

sistema jurídico-penal de imputação do fato ao autor, assim como do sistema geral de garantias, consoante a natureza das consequências jurídicas cominadas aos tipos penais incriminadores: pena privativa de liberdade ou pena alternativa. Isso, porque o verdadeiro problema não é tanto a expansão do Direito Penal, mas, especificamente, a expansão da pena privativa de liberdade (SOUZA, 2011, p. 125.)

5. DA CONSEQUÊNCIA DA MUDANÇA DE PARADIGMA PARA O DIREITO PENAL

Não obstante as severas críticas e o brilhantismo das posições deslegitimadoras e intermediária, nos posicionamos dentre aqueles que consideram que o Direito Penal, como produto social que é, e como o mais rígido instrumento estatal de tutela de bens jurídicos não pode igno-

rar as mencionadas transformações sociais, devendo, por isso, modernizar-se para responder a contento às novas demandas sociais.

Essa modernização não implica em desnaturação do bom legado do dito direito penal clássico, por óbvio. Em outras palavras, o entendimento da modernização do Direito Penal como legítima, não significa admitir o desrespeito ao arcabouço dogmático jurídico-penal até então construído, devendo o “novo direito” observar parâmetros clássicos destinados a garantir o cidadão perante o Estado.

Evidente e importante legado do Direito Penal clássico ou nuclear é o princípio do bem jurídico. O Direito Penal Econômico, conforme já antecipado acima, condiciona sua legitimidade à observância desse princípio regulativo.

Não por outro motivo, um dos debates mais emocionados sobre o tema, diz respeito à existência ou não de um bem jurídico-penal econômico, visto que a resposta negativa a essa pergunta prejudica todo o resto da discussão.

Nesse terreno, respondendo positivamente à questão de se o Direito Penal Econômico protege bens distintos e autônomos ao Direito Penal Geral, ensina Manuel da Costa Andrade:

Se do Direito Penal geral passarmos para o Direito Penal Econômico, o primeiro problema que se depara é o da validade, pertinência e utilidade do recurso ao conceito de bem jurídico. Mais precisamente, o problema de saber se o Direito Penal Econômico protege bens jurídicos distintos e autônomos ou se pelo contrário, como preferire, por exemplo, Hassamer, a autonomização deste ramo de direito se deve apenas ao – aparecimento (nas sociedades modernas) de novas possibilidades de lesão dos bens jurídicos pré-existentes -. (...) Não será, todavia, arriscado afirmar que a definição de Di-

reito Penal Económico a partir da autonomia dos respectivos bens jurídicos colhe hoje o aplauso generalizado da doutrina. Tal acontece sobremodo na doutrina germânica e nas dos países por ela mais directamente influenciados. Entre os autores alemães que mais contribuíram para o triunfo deste entendimento sobressaem Kurt Lindemann no início dos anos trinta, Eberhard Schmidt no imediato pós-guerra e actualmente Klaus Tiedemann (ANDRADE, 1998, p. 398-400).

A caracterização da autonomia do bem jurídico nos delitos económicos é reforçada pelo autor adiante, quando cita Tiedemann:

Para Tiedeman, o Direito Penal Económico é o ramo de direito a que compete tutelar primordialmente o bem constituído pela – ordem económica es-

tatal no seu conjunto e, em consequência, o curso normal da economia na sua organicidade, numa palavra, a economia nacional -. Sustenta, em conformidade, que o que verdadeiramente o define é precisamente a autonomia dos bens jurídicos tutelados, caracterizados pela sua natureza supra-individual. Tiedemann introduz, assim, o dualismo entre os bens jurídicos, colocando, a par dos bens jurídicos individuais, os bens jurídicos supra-individuais, que em caso de conflito com os primeiros podem ter de gozar de supremacia” (ANDRADE, 1998, p. 400-401).

O mesmo autor escreve:

Isto sem esquecer – como Tiedemann, aliás, acentua – que a descoberta destes bens jurídicos tem sido mui-

tas vezes – provocada – pelas dificuldades, v.g. de criminalística, ou limitações de figuras clássicas de crimes (como a burla) para fazer face a condutas anti-sociais em áreas como o sistema de crédito, as subvenções ou subsídios, etc. (ANDRADE, 1998, p. 400-401).

Sobre o tema, condicionando a legitimidade da modernização do Direito Penal à prévia existência do bem jurídico tutelado, claras são as lições de Aires de Sousa:

O reconhecimento da tutela subsidiária de bens jurídicos como função do direito penal não obsta à abertura da legislação penal às exigências de tutela desveladas pela evolução social. Contudo, julgamos ser necessária a prévia existência do bem jurídico a tutelar para que a incriminação de condutas seja legítima. Isto é, o direito penal não pode eri-

gir-se como impulsor da mudança das concepções sociais dominantes, como fator revelador de novas consciências sociais e colectivas carentes de tutela penal, como criador, ele próprio, dos bens jurídico-penais. A sua intervenção só estará legitimada quando surja em resposta à tutela de bens individuais ou colectivos que a própria consciência social deixa a descoberto (SOUSA, 2009, p. 312-313).

Encontramos, desse modo, amparo na doutrina da tese de que o Direito Penal Econômico é, na verdade, resposta aos novos anseios sociais, produto da adaptação do Direito Penal às transformações tecnológicas recentes, estratégia de defesa frente aos novos riscos provocados por atividades com potencial grandemente lesivo.

Outro fator fundamental favorável à legitimação dos bens jurídicos supra-individuais ou coletivos parece

ser as próprias Constituições modernas, que consagram objetivos e funções de cunho social.

É consenso que a fonte primária da definição dos bens jurídico-penais tutelados por um determinado ordenamento jurídico é a Constituição desse Estado.

É a Constituição que consagra e consolida os valores fundamentais de uma certa sociedade. É a Constituição o limite intransponível e o guia maior do legislador ordinário na elaboração dos tipos penais.

As Constituições dos Estados que adotam o modelo Social de Direito trazem em seu bojo, como já dito no item anterior, uma série de deveres estatais, verdadeiras obrigações positivas. Esses encargos, a partir de uma interpretação teleológica, implicam o reconhecimento de diversos bens sociais, bens pertencentes mesmo à coletividade.

Temos, em assim sendo, bens de titularidade difusa, coletiva e supra-individual. Essa realidade, como demonstrado, já é pacífica nos demais ramos jurídicos, não deve, por

isso, causar estranheza no Direito Penal.

Com efeito, essa previsão, no âmbito da política criminal, impõe a elaboração, pelo legislador penal, de diversos tipos penais com o objeto formado por bens jurídicos supra-individuais.

Essa constatação, aceita pela maioria da doutrina penal, assume tamanha importância que alguns penalistas defendem a existência de verdadeiros bens jurídico-penais prestacionais, de essencial interesse para o Direito Penal Econômico.

Pois bem, segundo os modelos funcionalistas, melhor explicado adiante, esses bens seriam chamados de *bens-prestação*, dando suporte à proteção da disponibilidade econômica e financeira necessária para a realização daquelas obrigações típicas do Estado Social. Nesse sentido, não obstante com ressalvas à função crítica desse bem jurídico, são as lições de Aires de Sousa:

Os modelos funcionais-
listas criados para a
compreensão do ob-

jecto de tutela das normas penais fiscais, acentuam, em regra, a instrumentalidade das receitas fiscais para a prossecução do bem-estar da colectividade e das pessoas que a compõem. Este ponto de partida fez com que, neste domínio, alguns autores aludissem a uma nova categoria de bens: os bens-prestação que sustentam a disponibilidade económica e financeira e sem os quais se torna impossível a assunção das funções típicas de um Estado social de direito; concretizam-se, em geral, na correcta gestão económica, na criação dos pressupostos necessários ao desenvolvimento racional da vida económica, no equilíbrio do sistema económico, no bom funcionamento do sistema fiscal e na percepção regular das receitas tributárias (SOUSA, 2009, p. 315-316).

6. BEM JURÍDICO NO DIREITO PENAL ECONÓMICO

Posicionamo-nos, anteriormente, pela legitimidade desse novo ramo do Direito, desde que se observe as conquistas do Direito Penal clássico e siga as diretrizes valorativas consagrados pelas Constituições contemporâneas.

Além disso, cumpre ressaltarmos que entendemos mesmo por uma preferência dos novos textos constitucionais pautados pelo Estado Social de Direito pelos direitos sociais sobre os direitos individuais quando estes estejam em confronto. Já demos, inclusive, um exemplo proveniente do Direito Civil, quando trata do elemento *função social* que deve acompanhar o conceito de propriedade clássica.

Reforçando esse entendimento, transcrevo trecho de escrito, que indica parecer ser também esse o ensinamento do prof. Manuel da Costa Andrade no que trata do Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de Janeiro, do Direito Português:

(...) Nele se espelha de forma particularmente nítida o já mencionado domínio que o direito penal econômico pode ter de reconhecer aos bens jurídicos supra-individuais. Domínio que, em última instância, presta homenagem ao étimo fundante do direito econômico: o reconhecimento no plano da economia da superioridade da ordem do *Mitsein* e das reivindicações de solidariedade sobre a ordem do *suum* com a sua pretensão de um ilimitado *jus utendi et abutendi* (ANDRADE, 1998, p. 411).

Feitas essa considerações preliminares, chegamos ao momento de emitirmos algumas palavras sobre o bem

jurídico-penal econômico, mais propriamente sobre o bem jurídico nos crimes fiscais.

Inicialmente, cumpre salientar, por oportuno, que as Constituições modernas prevêem em seu bojo uma série de normas ligadas à Economia. Hodiernamente, é o texto maior que traz as diretrizes gerais do Direito Tributário e do Direito Financeiro.

A partir dessa constatação podemos afirmar, sem maiores rodeios, existente, na maioria dos textos constitucionais modernos, do fundamento constitucional dos crimes fiscais. Em assim sendo, temos, desse modo, presente o primeiro requisito para o reconhecimento do bem jurídico-penal fiscal, a saber, o reconhecimento constitucional.

Também hoje, parece-nos ultrapassada a tese daqueles que consideravam a cobrança de tributos desprovida de todo e qualquer fundamento ético. Atualmente, vigente nos diversos ordenamentos jurídicos a supremacia da concepção da solidariedade sobre o individualismo inconsequente, resta pacífico que a maneira

de o Estado cumprir seus vários encargos sociais e buscar, por outro lado, a realização da justiça social via a justa distribuição de riquezas, é por meio da tributação.

Nesse sentido, trago, mais uma vez, as lições de Aires de Sousa:

Está hoje mais longo quanto o tempo em que a fuga aos deveres fiscais era considerada ética e moralmente neutra e a fraude fiscal vista como uma espécie de legítima defesa contra o Estado. Ao contrário do negócio privado, em que há uma contraprestação concreta da outra parte, ao pagamento do imposto ao Estado não corresponde por parte deste uma prestação com um conteúdo individualizado, o que contribui longamente para que a fraude às leis tributárias não fosse sentida como uma falta moral. A procura do fundamento ético do dever de pagar impos-

tos está hoje necessariamente ligada às funções que ao Estado cabe cumprir (SOUSA, 2009, p. 293.).

Visto isso, nos resta procurar na doutrina um conceito de bem jurídico que seja aplicável aos crimes econômicos. Sabemos que dessa definição depende mesmo a criação dos crimes econômicos, tendo em vista a função crítica do princípio do bem jurídico-penal, como constitutiva do ilícito material penal (SOUSA, 2009, p.294).

Sobre o tema, com apego à síntese, podemos elencar duas correntes principais, que tratam mais especificamente dos crimes fiscais, assim divididas pela doutrina: as correntes patrimonialistas e as correntes funcionalistas.

A corrente patrimonialista identifica o patrimônio do Estado como bem jurídico tutelado nos crimes fiscais. Esse ponto de vista vê a relação fiscal de um prisma eminentemente privativista, baseada numa espécie de contrato. Sobre essa corrente explica Aires de Sousa:

De acordo com essa teoria, o bem jurídico tutelado nas incriminações fiscais tem uma índole marcadamente patrimonial e corresponde à pretensão do fisco obter integralmente as receitas fiscais (SOUSA, 2009, p.302).

A posição funcionalista, por sua vez, interliga o bem jurídico nos crimes fiscais às funções e aos encargos sociais de responsabilidade do Estado-providência. Sobre essa corrente escreve Aires de Sousa:

(...) sob esta designação se agrupam teorias muito diferentes sobre o bem jurídico protegido no direito penal fiscal. Em comum têm duas características, a saber, a recusa de uma configuração patrimonial do objecto de tutela nos crimes fiscais e a intensa ligação do bem jurídico às funções que, no âmbito,

da ciência das finanças públicas, as reconhece ao imposto (SOUSA, 2009, p.295).

Em posição intermediária, podemos citar Renato Silveira que, escrevendo sobre os bens jurídicos, defende que os bens supra-individuais devem necessariamente manter referência a bens individuais. São essas suas palavras:

A legitimidade da proteção desses bens jurídicos sempre é de ser mantida, desde que eles se lastrem no interesses fundamentais da vida social da pessoa. Bem entendido, a ampliação do horizonte penal, abandonando a conceituação iluminista quanto a uma consideração relativa à pessoa enquanto elemento individual, tomando-se em conta bens metaindividuais e sociais, não pode, nunca, perder o referencial de seus elementos autônomos (SILVEIRA, 2003. p. 57).

Eb. Schmidt inova no debate identificando o conceito de bem jurídico com o *conceito de espaço dos interesses vitais econômico-materiais* (ANDRADE, 1998, p. 401).

Costa Andrade, por sua vez, elenca algumas características do bem jurídico dos crimes econômicos, afirmando que: a) se caracterizam materialmente pela sua relevância direta para o sistema econômico cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se pretende assegurar; b) Numa perspectiva genética, são produto do intervencionismo do Estado moderno na vida econômica; c) possuem caráter de artificialmente constituídos, por não possuir um referencial ontológico definido (ANDRADE, 1998, p.402-404).

Como anunciado ao longo deste trabalho, entendemos possível a determinação de um bem jurídico-penal autônomo e distinto no Direito Penal Econômico, razão pela qual entendemos preenchido o segundo requisito para a aceitação do movimento

chamado de modernização do direito penal moderno.

Nesse sentido, com o objetivo de ilustrar o mencionado posicionamento, terminamos esse item com as palavras sempre sensatas da prof^a. Aires de Sousa, para quem o bem jurídico dos crimes fiscais é a obtenção das receitas fiscais, caracterizando por ser um bem coletivo, e tendo a comunidade, e não ao Estado, como titular:

O bem jurídico-penal protegido pelos crimes fiscais coincide, assim, a nosso ver, com a obtenção das receitas fiscais. (...) Trata-se de um bem jurídico coletivo cuja a titularidade pertence à comunidade dos indivíduos, por meio do Estado que se compromete a realizar uma gestão adequada e a prosseguir objectivos económicos e sociais reconhecidos como fundamentais pela sociedade (ANDRADE, 1998, p. 401).

A prof^{ta}. da Universidade de Coimbra, mais a frente, arremata:

O critério por nós utilizado para determinar os contornos de um bem jurídico colectivo ou supra-individual é importado da economia e traduz-se no princípio da não exclusão, segundo o qual são bens colectivos aqueles cuja utilidade aproveita a todos sem que ninguém possa dela ser excluído (inexcluíbilidade) (ANDRADE, 1998, p.401).

7. CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, podemos apontar resumidamente os seguintes posicionamentos abordados: a) A sociedade pós-industrial traz consigo uma série de novos interesses e novos riscos que não podem ser ignorados pelo Direito, em especial pelo Direito Penal; b) O Direito Penal passa a tutelar esses novos interesses, adaptando-se aos novos tempos; esse fenómeno

é chamado pelos seus simpatizantes de “modernização do Direito Penal”, mas também é rotulado por outros setores críticos da doutrina como uma “expansão ilegítima do Direito Penal”; c) O Direito Penal Económico insere-se nesse contexto expansionista, possuindo uma autonomia de bem jurídico; d) A modernização do Direito Penal condiciona sua legitimidade à observância do princípio do bem jurídico, em especial de sua função crítica constitutiva e delimitadora do ilícito penal material; e) As Constituições modernas consagram valores sociais próprios de um Estado Social de Direito. Esses valores dão suporte para que o legislador ordinário crie crimes que tutelem bens coletivos; f) Os crimes fiscais são um exemplo de crimes económicos, hoje, amplamente admitidos pelos ordenamentos jurídicos de vários países; g) Não obstante a ausência de consenso sobre o assunto, o momento histórico atual dá primazia ao princípio da solidariedade, legitimando a previsão de crimes fiscais, em prol do provimento das funções soci-

ais do Estado Social. Esse ponto de vista parece a um só tempo desautorizar concepções puramente patrimonialistas do bem jurídico dos crimes fiscais, bem como o posicionamento daqueles que retiram o fundamento ético da cobrança dos tributos.

A guisa de conclusão, cumpre, ainda, salientar, por oportuno, que alguns temas sensíveis como, por exemplo, o tema dos crimes de perigo abstrato não foram aqui abordados, seja por falta de espaço, seja por entendermos não ser o momento e o espaço mais adequados. Por fim, registre-se que as posições aqui firmadas têm a pretensão principal de estimular o saudável debate de ideias que apenas enriquecem o Direito Penal.

8. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia – Dec-Lei nº 28/84, de 20 de Janeiro. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários: volume I: problemas*

gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1.

GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *La expansión del Derecho penal*. Montevideo – Buenos Aires: B de f, 2008. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SOUSA, Susana Aires de. Sobre o bem jurídico-penal protegido nas incriminações fiscais. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários: volume III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 3.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da criminologia à política criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. Inovações no Direito Penal Econômico*. Brasília: Ideal, 2011.