

DIREITO PENAL ECONÔMICO E BEM JURÍDICO: O CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL COMO CRITÉRIO DE ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO SOCIAL DE CONDUTAS FORMALMENTE TÍPICAS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO.

ECONOMIC CRIMINAL LAW AND LEGAL GOOD: THE CONCEPT OF LEGAL GOOD AS A CRITERION FOR ANALYSIS OF THE SOCIAL ADEQUACY OF FORMALLY TYPICAL CONDUCT IN THE FRAMEWORK OF ECONOMIC CRIMINAL LAW

Ricardo Freitas¹
Faculdade Damas

Resumo

Este artigo pretende contribuir, com base no conceito de bem jurídico-penal, para a discussão sobre a possibilidade do reconhecimento da existência de condutas socialmente adequadas formalmente tipificadas no âmbito do direito penal econômico. Sustenta-se, com fundamento nas teorias da adequação social e do bem jurídico, a existência, em princípio, de determinados limites ao referido reconhecimento.

Palavras-chaves

Teoria da Adequação Social. Tipicidade Formal. Bem Jurídico. Direito Penal Econômico.

Abstract

This article intends to contribute, based on the concept of criminal legal good, to the discussion about the possibility of recognizing the existence of socially appropriate conduct formally typified in the scope of economic criminal law. Based on theories of social adequacy and legal good, the existence, in principle, of certain limits to the said recognition.

Keywords

Theory of Social Adequacy. Formal Typicity. Good Legal. Economic Criminal Law.

¹ Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Procurador do Ministério Público Militar da União.

INTRODUÇÃO: CONDUTAS SOCIALMENTE ADEQUADAS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO POSSIBILIDADE TEÓRICA.

A noção de que condutas socialmente adequadas excluem a tipicidade material de condutas formalmente típicas é bastante controversa doutrinariamente. Entretanto, de uma forma ou de outra, inúmeros estudiosos do direito penal têm se esforçado nos últimos anos para conferir um significado dogmático mais preciso ao conceito de adequação social, inclusive no Brasil. No entanto, não obstante o mencionado esforço teórico, investigações acerca da possibilidade do emprego da teoria da adequação social no âmbito do direito penal econômico ainda se revelam incipientes. Esta reflexão pretende proporcionar, nos limites da presente investigação, uma base doutrinária mínima para que o aludido problema venha a ser enfrentado com a indispensável profundidade pela doutrina penal nacional.

O direito penal de garantias característico do Estado democrático de direito fundamenta a função de controle social que executa na noção de que sua finalidade consiste na tutela de bens jurídicos. Por conseguinte, dentre outros parâmetros, o conceito de bem jurídico mostra-se extremamente revelante não apenas no que diz respeito à avaliação da insignificância da lesão produzida ao objeto de proteção do delito, mas também na apreciação da adequação social de condutas, únicas hipóteses em que, em nosso sentir, justifica-se o reconhecimento da atipicidade material de uma conduta formalmente típica.

Tratando-se do direito penal econômico, a doutrina reconhece que os bens jurídicos tutelados por este ramo do direito penal geral caracterizam-se por proteger precipuamente interesses de natureza coletiva. Esta característica do direito penal econômico impõe alguns desafios à doutrina penal no tocante ao reconhecimento da adequação social de condutas que são criminalizadas no âmbito deste ramo do direito penal. Para uma compreensão aproximada de quais são estes desafios, empreende-se um registro preliminar acerca da formulação da teoria da adequação social por WELZEL.

Em seguida, procede-se ao exame do bem jurídico-penal econômico no que diz respeito a algumas de suas características essenciais. Por último, são oferecidas as reflexões conclusivas acerca das possibilidades e limites da aplicação do princípio da adequação social no âmbito do direito penal econômico.

1. FORMULAÇÃO DA TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO TIPO.

A teoria da adequação social jamais foi completamente aceita pela totalidade da doutrina penal. Na verdade, não se pode deixar de admitir que mesmo seu criador não a desenvolveu suficientemente, além de ter hesitado sobremaneira a respeito de sua localização na estrutura do delito. Primeiramente, ele a relacionou à tipicidade; posteriormente, a localizou no âmbito da antijuridicidade para, finalmente, voltar a posicioná-la no campo da tipicidade, ao que tudo indica, como um critério de interpretação dos tipos.

Certamente esta trajetória vacilante do conceito de adequação social pode ter contribuído para enfraquecê-lo doutrinariamente. Seja como for, faz-se necessário ressaltar que a teoria da adequação social não foi suficientemente desenvolvida pelo seu formulador, que se limitou a delinear a em seus aspectos básicos e de maneira excessivamente sintética. Seus contornos um tanto vagos e lacunosos contribuíram, igualmente, para o surgimento de uma diversidade de concepções acerca da fisionomia sistemática do princípio, o que, por sua vez, possibilitou a consolidação de um sentimento de incerteza a respeito de suas bases e de seu conteúdo. Tudo isto contribuiu para dificultar sobremaneira a possibilidade de seu emprego nos casos concretos.

Mesmo assim, a despeito da opinião doutrinária crítica em relação ao conceito de adequação social, muitos autores contemporâneos posicionam-se em sentido contrário, valorizando-o de uma maneira ou de outra. FARIA (2005:32), por exemplo, afirma que o mencionado princípio se mostra valioso quando se

trata de solucionar problemas relacionados ao crime culposo e aos delitos cometidos com omissão imprópria. Entretanto, em nossa percepção, não se mostra equivocado de maneira alguma o entendimento de que o princípio da adequação social possui uma abrangência muito maior, podendo ser empregado tanto para lidar com dificuldades relativas à interpretação dos tipos dolosos como dos tipos culposos, dos crimes comissivos como dos delitos omissivos.

Enfim, os problemas que atingem o conceito de adequação social aparentemente não são capazes de diminuir sua importância como instrumento dogmático valioso que, respaldado socialmente, pode servir à contenção do poder punitivo.

Na sintética exposição feita neste capítulo, pretende-se descrever o conteúdo do conceito de adequação social com a finalidade de proporcionar uma base segura a partir da qual possam ser desenvolvidas considerações mais aprofundadas a respeito de seu conteúdo considerando-se, ao mesmo tempo, suas insuficiências e virtudes.

WELZEL (2003:50) concebeu a teoria da adequação social a partir de uma concepção material da tipicidade que, como se sabe, não tem lugar no âmbito da teoria causal-naturalista da ação. Apesar disso, segundo ele, mesmo a ação final “será sempre, como ‘causação’, uma abstração quando não seja considerada um fenômeno de significado social, ou seja, uma ação no marco da vida social”. Em outras palavras, de acordo com WELZEL, “o direito penal não sanciona meros processos causais do mundo físico natural, mas fatos dotados de sentido axiologicamente diferentes” (GRACIA MARTÍN, 2004:10).

GRACIA MARTÍN (2004:20) explica a respeito do juízo de adequação social da conduta que “as ações somente podem ser valoradas como socialmente adequadas se a vontade de realização do agente está dirigida à consecução do fim típico da atividade socialmente valorada”. Consequentemente, segundo ele, “nas ações socialmente adequadas a vontade de realização fica reduzida à mera finalidade e de modo algum pode ser conceituada como dolo”. Contudo, este posicionamento certamente é questionável, não

obstante basear-se em uma diferenciação metodologicamente correta entre ação finalista e ação dolosa.

De fato, toda ação dolosa é sempre finalista, mas nem toda ação finalista é dolosa (ou mesmo culposa). Todavia, não se pode esquecer nem por um momento que o próprio WELZEL afirmou explicitamente que condutas socialmente adequadas são, com efeito, condutas dolosas, porém, apesar disso, também são materialmente atípicas, como revelam as considerações feitas pelo autor alemão em suas principais obras de referência acerca do problema. Por isso, assiste razão a FARIA (2005:38-39) quando assinala que, de acordo com a teoria da adequação social, “o dolo ou a negligência do agente só tomam nome, só ganham autonomia, como elementos de um ilícito efetivamente existente, a partir do momento em que é possível afirmar que a conduta é socialmente relevante nessa sua imagem global”, muito embora, de acordo com a autora, WELZEL aparentemente tenha vacilado em relação a este entendimento na derradeira etapa do desenvolvimento de sua teoria da adequação social.

Na realidade, segundo WELZEL, o princípio da adequação social implica, como indica sua denominação, numa valoração social da conduta que não se confunde propriamente com a valoração da ação final. Por conseguinte, o exame do dolo ou da culpa do agente ocorre em momento posterior ao da valoração social do seu comportamento, embora este tenha lugar no âmbito da tipicidade.

Já na primeira fase de elaboração da teoria da adequação social, WELZEL sustentou que a ação precisava ser valorada tanto em termos finais como em termos sociais. Em seu sentir, o comportamento tipificado necessitaria ser valorado socialmente antes mesmo de sê-lo no nível finalístico, de maneira que, precedendo ao exame da direção da vontade do agente na conduta seria indispensável analisar se esta traduz ou não um “fenômeno socialmente significativo” (FARIA, 2005:63; SILVEIRA, 2011:63).

Se, porventura, a conclusão fosse negativa em relação a este último aspecto da conduta, restariam excluídos do âmbito da intervenção do direito penal tanto comportamentos dolosos quanto

culposos, embora formalmente típicos. Em outras palavras: a infração penal dependeria da orientação subjetiva da ação. Somente na hipótese em que fosse valorado um dado comportamento como socialmente significativo é que, numa segunda etapa, ocorreria a valoração subjetiva que seria, então, de fato, a mais importante. Sinteticamente, pode-se concluir no sentido de que, embora formalmente típica, uma conduta não se revestiria de tipicidade quando fosse socialmente adequada.

No plano hermenêutico, a adequação social da conduta seria constatada por intermédio do exame de determinada “ordem historicamente constituída”. WELZEL (2003:50) acreditava que “todas as ações para o conceito de injusto se movem de forma funcional dentro da ordem histórica da vida em comunidade de um povo”. Consequentemente, segundo ele, “ações socialmente adequadas são todas aquelas atividades nas quais a vida em comunidade se desenvolve seguindo a ordem historicamente estabelecida”. Assim sendo, caso a ação fosse praticada no âmbito de um ambiente histórico concreto socialmente estabelecido ele seria socialmente adequado e, em consequência, atípico, não existindo ilícito penal.

Pode-se perceber, dessa maneira, nos termos da teoria da adequação social, que a interpretação literal do tipo seria manifestamente insuficiente, visto que a análise do contexto social no qual o agente atuou se mostraria decisiva quando do processo de avaliação do sentido e alcance do tipo (CANCIO MELIÁ, 1998:14-18). Por conseguinte, a teoria da adequação social enfatiza, dessa maneira, a chamada interpretação teleológica por considerar a gramatical (literal) insuficiente no sentido de propiciar ao intérprete uma valoração ampla e completa da conduta proibida pela norma penal incriminadora.

Em um segundo momento, WELZEL modificou sua compreensão acerca do conceito de adequação social, passando a defini-lo, da 4ª a 8ª edição de seu manual, como causa de justificação de natureza consuetudinária. Porém, em momento posterior do desenvolvimento do conceito, o autor repudiou de maneira expressa este ponto de vista. WELZEL (1997:68-69;

2003:51) afirmou a respeito deste equívoco que, a semelhança da adequação social, as causas de justificação consagram a liberdade de ação, porém, ao contrário daquela, a permissão concedida ao autor para atuar de maneira típica pelas causas de exclusão da antijuridicidade apresenta natureza especial, haja vista autorizar condutas que, na realidade, são socialmente inadequadas.² Por conseguinte, em termos metodológicos, a verificação da existência de causa de justificação somente deveria ser constatada quando um comportamento fosse socialmente inadequado ou, dito de outra maneira, quando fosse materialmente típico.

Manifestando-se a respeito deste ponto, WELZEL (2003:64-65) considerou, por exemplo, que seria um absurdo definir as mortes que ocorrem na guerra como ações típicas que não se revestiriam de caráter criminoso tão somente por terem sido cometidas com apoio numa causa de exclusão da antijuridicidade. Em seu entender, as mortes de militares inimigos não configurariam delitos por serem autorizadas por uma causa de justificação, mas por serem “militarmente adequadas” e, conseqüentemente, atípicas. Na realidade, afirmou o autor, matar soldados inimigos em combate seria exatamente a conduta que se espera de um militar.

SILVEIRA (2011:60) recorda acertadamente que uma das razões para o autor alemão ter abandonado o entendimento de que a adequação social seria uma causa de justificação de natureza consuetudinária teria sido o fato dele rejeitar a concepção de que o tipo cumpre uma função puramente descritiva e de que as excludentes de antijuridicidade teriam a natureza de elementos negativos do tipo.

Resumidamente, pode-se concluir, então, que se o tipo desempenha, dentre outras funções relevantes, a de selecionar aqueles comportamentos considerados especialmente graves, não se pode deixar de admitir que o sujeito ativo não pratica uma conduta materialmente típica por dois motivos fundamentais: (1)

² No Brasil, FRAGOSO (1995:189-190) manifestou-se no sentido de que a adequação social “não se confunde com as causas de exclusão da antijuridicidade” porque seria “um princípio regulador geral da conduta típica”.

por não causar lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico importante tutelado pela norma penal incriminadora; (2) porque a lesão ou perigo de lesão por ele causada é valorada positivamente pela sociedade em decorrência do contexto em que foi praticada (MIR PUIG, 1998:532).

Enfim, numa terceira fase da evolução de seu pensamento verificada na 9ª edição de seu manual (1965), WELZEL (1997:66) voltou a posicionar a adequação social na tipicidade. Para ele, os tipos têm a função de selecionar as condutas inadequadas à vida social ordenada, revelando, neste processo, a natureza histórica do direito penal. Em suas palavras, os tipos indicariam “as formas de conduta que supõem uma infração grave das ordens históricas da vida social”. Por conseguinte, segundo o pai do finalismo, há de ser considerado socialmente adequado o comportamento que “move-se por completo dentro do marco da ordem social histórica ‘normal’ da vida, de modo que não será uma ação típica de lesão, mesmo que, em consequência disto, produza uma lesão ao bem jurídico”. Nas palavras precisas do penalista alemão: “A adequação social traz a consciência de que o direito juridicamente normatizado ingressa de forma permanente em um mundo já constituído historicamente, cujos ordenamentos afirma, modifica ou dá continuidade” (WELZEL, 2003:52).

CANCIO MELIÁ (1998:20) opina no sentido de que apesar de WELZEL ter reposicionado sua teoria da adequação social no tipo na terceira fase do desenvolvimento de suas ideias, este movimento não teria representado um mero retorno, considerando-se que o autor não voltou a referir-se ao “valor ético-social” da ação ou à “interpretação do sentido” dos tipos ou mesmo ao fato de que “somente por intermédio da adequação social entra-se no âmbito do tipo, nas regiões do injusto tipificado”. Mesmo assim, mostra-se predominante o entendimento de que o princípio da adequação social, enquanto critério hermenêutico, mostra-se apto a excluir a tipicidade da conduta.

Na doutrina nacional, SILVEIRA (2011) defende a tese de que, na verdade, a teoria da adequação social permite constatar a inexistência de crime mediante a valoração a conduta do agente em

um momento anterior ao da verificação da tipicidade. A adequação social excluiria o crime antes mesmo da análise dos elementos ou aspectos constitutivos do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) possibilitá-lo. Em suma, “a adequação social, ao avaliar o caráter de uma conduta vinculada a um tipo penal, em se considerando sua tolerabilidade no meio comum, acaba por se antepor à demarcação típica” (SILVEIRA, 2011:72). Nesse ponto residiria, em seu pensar, a diferenciação entre a perspectiva da imputação objetiva e da adequação social, ao menos sob o ângulo das teorias funcionalistas.

Em termos funcionalistas, de acordo com o mencionado penalista, a análise da natureza permitida/proibida da ação conduziria a possibilidade de exclusão da tipicidade, enquanto o reconhecimento da adequação social da conduta em decorrência de fatores históricos/culturais dar-se-ia em um momento anterior ao típico. Consequentemente, diz ele, em se tratando de comportamentos socialmente adequados não se verificaria ausência de tipicidade material, mas, de maneira mais ampla, de tipicidade, simplesmente. A adequação social não seria uma causa de exclusão da tipicidade de condutas formalmente típicas, mas sim um fator global de reconhecimento da inexistência de crime sem qualquer relação com a análise do tipo de injusto. Resumidamente, em suas palavras, em se tratando da adequação social, “os fatos por ela alcançados constituem sim um nada jurídico, nem mesmo atinente à tipicidade, pois não se trata de algo socialmente perigoso ou prejudicial, mas, de fato, de algo adequado ao bem viver” (SILVEIRA, 2011:74).

Muito embora o referido entendimento doutrinário favoreça decididamente a autonomia científica, digamos assim, do princípio da adequação social, ele tem o inconveniente de interferir na formulação dogmática do conceito de crime concebido como ação típica, antijurídica e culpável por permitir a exclusão do delito independentemente de sua atipicidade formal e material, da exclusão da antijuridicidade da conduta ou da ausência de culpabilidade. Por outro lado, considerando-se a resistência de alguns setores doutrinários em admitir que o princípio da

adequação social tem um papel a cumprir no âmbito do direito penal, aceitar que o mesmo desempenhe uma missão de natureza hermenêutica relacionada à constatação da tipicidade material de condutas formalmente típicas não parece ser nada desastroso, muito pelo contrário. De fato, tratando-se a adequação social de um conceito tão polêmico, a sua aceitação no âmbito doutrinário como um princípio hermenêutico não é algo tão ruim assim. Vale recordar, neste sentido, que também o princípio da insignificância, prestando-se a excluir a dimensão materialmente típica de determinadas condutas que, não obstante, o são formalmente, é frequentemente entendido, assim como o princípio da adequação social, como um conceito que possibilita uma interpretação restritiva do tipo a partir de uma concepção teleológica deste último.

WELZEL (1997:66-67; 2001:86-87; 2003:50-51) colacionou diversos exemplos de ações que considerava socialmente adequadas e, conseqüentemente, atípicas: (1) o “moderno” tráfico aéreo, motorizado e ferroviário, recordando que este último foi considerado pela Suprema Corte alemã socialmente inadequado na Alemanha imperial; (2) o sobrinho que estimula o tio de quem é herdeiro a viajar frequentemente na esperança de que morra em um acidente; (3) os negócios adequadamente gerenciados que, entretanto, terminam falindo; (4) privações da liberdade e lesões corporais insignificantes; (5) o recebimento de presentes de escasso valor por funcionários públicos no período natalino; (6) condutas indecorosas ou impertinentes contra a liberdade sexual; (7) causar a morte de alguém porque plantou ameixa venenosa em um bosque com tal objetivo, dentre outros comportamentos formalmente típicos; (8) manter relações sexuais com uma mulher tuberculosa com a intenção de engravidá-la e, assim, causar sua morte pela doença em consequência de seu padecimento durante a gravidez; (9) boxeador que, observando as regras do esporte, atinge o adversário com um golpe, vindo a matá-lo.

WELZEL acrescentou ao rol de exemplos supracitados a contribuição da jurisprudência dos tribunais alemães, merecendo referência o caso baseado na obrigação de proteção recíproca dos

cônjuges e o da conduta do garçom que serve bebidas alcoólicas ao motorista que transporta pessoas em veículo automotor.

No caso dos cônjuges, o Tribunal entendeu que as obrigações conjugais não excedem os limites do direito de família, não se estendendo, assim, à esfera do direito penal. Para WELZEL, o referido julgado refletiria o entendimento de que o abandono conjugal é conduta socialmente adequada, na medida em que se mantém “dentro dos limites da liberdade da ação social” mesmo se o cônjuge que tomou a iniciativa de abandonar o outro tivesse consciência de que seu comportamento poderia levar o cônjuge abandonado ao suicídio.

No segundo caso, o Tribunal considerou socialmente adequada a conduta do garçom que serviu bebidas alcoólicas ao motorista, apesar do perigo ou mesmo do dano provocado pela sua conduta aos passageiros do veículo dirigido por este último. Segundo o Tribunal, a menos que “a embriaguez do cliente tivesse alcançado, de maneira invidiosa, um grau tamanho que ele não pudesse atuar de forma responsável”, o comportamento do garçom não apresenta relevância penal. A Corte concluiu, em resumo, que se o garçom “tivesse que responder penalmente pelas possíveis consequências do consumo excessivo de álcool ele se converteria em uma espécie de tutor ou guardião de seus clientes” (WELZEL, 1997:67-68; 2001:87-88).

Os exemplos de condutas socialmente adequadas oferecidas por WELZEL incluem ações dolosas realizadas tanto com dolo direto quanto com dolo eventual como também ações culposas. Em todos os casos, tratam-se de condutas formalmente típicas, mas que não o são materialmente. Portanto, pode-se concluir que “uma atividade perigosa socialmente adequada não deixará de ser permitida pelo fato de um determinado sujeito a empreender com o desejo de produzir uma lesão” (MIR PUIG, 1998:530).

WELZEL (1997:67; 2001:87) também esclareceu que “condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas comportamentos que se mantêm dentro dos limites da liberdade de ação social”. De fato, dentre os vários exemplos de ação socialmente adequada fornecidos por ele muitos são moralmente

repreensíveis, como ocorre no exemplo em que o sobrinho tem a intenção de ver morrer seu tio para herdar a herança ou do cônjuge que abandona a esposa prevendo que ela pode suicidar-se, mas pouco se importando com isso. Isto significa, como afirma o próprio autor alemão a respeito de sua discutida teoria, que mesmo uma conduta imoral pode ser socialmente adequada se o agente tiver atuado no exercício de sua liberdade de ação social. Portanto, para ele, o autor do fato não submete a avaliação da adequação social de sua conduta à moral dominante. Com isto, confere-se certa autonomia à esfera jurídico-penal inserida na ordem histórica diante da moral. Pode-se, assim, reconhecer a atipicidade material da ação ainda que esta tenha sido praticada, por exemplo, por motivação torpe, como ocorre nos exemplos anteriormente mencionados.

Em termos metodológicos, o conceito de adequação social “repercute na compreensão e interpretação dos tipos que, por influência da ação causal era demasiadamente estreita, na medida em que enxergava a essência do tipo nas lesões causais ao bem jurídico” (WELZEL, 1997:66 e 69; 2001:85). Portanto, significativa parcela da doutrina reconhece que o conceito de adequação social é concebido como “um critério geral de interpretação dos elementos dos tipos de injusto” nessa terceira fase da teoria desenvolvida por WELZEL (CEREZO MIR, 1998:98).

Realmente, no entendimento do autor alemão o conceito de adequação social deve ser empregado na interpretação dos tipos com o fim de terminar seu conteúdo e alcance. Neste sentido, o conceito de adequação social revela-se, por assim dizer, um método de interpretação de natureza eminentemente teleológica e restritiva (RUEDA MARTÍN, 2001:455; FARIA, 2005:33). Por conseguinte, trata-se a adequação social, em síntese, de um critério teleológico de interpretação dos tipos que permite a exclusão da tipicidade de condutas formalmente típicas. O intérprete há de perquirir o sentido histórico-social do comportamento do agente com o fim de definir se sua conduta se encontra abrangida ou não pela fórmula típica. Nas palavras de FARIA (2005:32-33):

A vida nunca surge como uma descrição formal de fatos, as circunstâncias mudam, o contexto em que os fatos têm lugar é diferente, o problema tem uma dimensão fundamental que não pode ser esquecida, e que não é devidamente apreendida onde o tipo legal é entendido e aplicado como uma fórmula vazia de significado, opaca ou fechada aos sentidos sociais a que se dirige.

Admitindo-se, na esteira do pensamento de WELZEL, que o conceito de adequação social é um critério de interpretação do tipo destinado a avaliar a tipicidade em sentido material da conduta do agente, qualquer estudo em torno do referido conceito precisa incorporar o conceito de bem jurídico à análise porque, a despeito das condutas socialmente adequadas causarem lesão ao objeto jurídico do delito o resultado não é desvalorado pelo direito penal.

A teoria da adequação social não contraria o entendimento doutrinário atualmente dominante de que a finalidade do direito penal consiste na tutela de bens jurídicos. Em que pese o fato do conceito de bem jurídico ter sido mais frequentemente empregado pela doutrina para reconhecer a atipicidade material da conduta na hipótese em que a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora é insignificante, constitui um equívoco acreditar que o mencionado conceito não oferece contribuição alguma ao processo de avaliação da adequação social de comportamentos formalmente típicos, incluindo aqueles praticados no âmbito do direito penal econômico. Neste caso, porém, há limitações ao seu emprego como princípio hermenêutico que precisam ser considerados à luz da teoria dos bens jurídicos.

Por outro lado, dentre os variados exemplos de conduta socialmente adequada oferecidos por WELZEL nenhum se refere ao direito penal econômico, ramo do direito penal geral prenhe de peculiaridades. O capítulo seguinte aborda justamente a problemática do bem jurídico no direito penal econômico com o objetivo de iluminar a discussão acerca da possibilidade teórica da

existência de comportamentos socialmente adequados formalmente típicos em matéria de criminalidade econômica.

2. DIREITO PENAL ECONÔMICO E BEM JURÍDICO: O COMPORTAMENTO SOCIALMENTE ADEQUADO EM FACE DA NATUREZA PECULIAR DO BEM JURÍDICO-PENAL ECONÔMICO.

Afirma a doutrina que o bem jurídico-penal tem natureza objetiva ou substancial, querendo dizer com isso que o legislador não o cria artificialmente, mas limita-se a extraí-lo da realidade social ao reconhecer sua importância, selecionando-o, assim, como objeto de proteção da norma penal incriminadora. Além disso, bens jurídico-penais possuem natureza dinâmica, relativa e variável, na medida em que experimentam permanentes transformações. Consequentemente, jamais existiu comportamento humano que tenha sido objeto de idêntico tratamento por parte do direito penal em todas as épocas e em todos os lugares. Enfim, tratando-se do conceito de bem jurídico-penal “reina a mutabilidade e o dinamismo dos objetos de proteção penal ao longo do tempo e do espaço” (POLAINO NAVARRETE, 2005:230-232).

Estas características do bem jurídico-penal o põem em sintonia direta com o conceito de adequação social. A natureza historicamente determinada do bem jurídico-penal é exatamente a mesma que se observa no conceito de adequação social. Os valores dominantes presentes numa determinada sociedade muitas vezes transformam-se em bens jurídico-penais mediante a atividade político-criminal do legislador ou, em sentido oposto, apontam a necessidade de descriminalização de determinadas condutas, não se podendo olvidar, nesse processo, do papel desempenhado pelos costumes e pelas transformações na esfera da moral social.

O Estado contemporâneo não pode ser indiferente à dimensão econômica da vida social. Provavelmente, mais do que no passado, o intervencionismo estatal em matéria econômica faz-se necessário para organizar e regular o funcionamento da economia de

mercado.³ Preocupado com atividades que causem lesão ou perigo de lesão ao desenvolvimento socioeconômico, o Estado emprega o direito penal econômico para proteger a economia e, desse modo, assegurar o crescimento tecnológico, industrial e agrícola de um país, assim como o bem-estar de sua população (MARTOS NUÑEZ, 1987:120).

A conceituação do bem jurídico penal-econômico é indiscutivelmente uma das tarefas mais complexas deste ramo do direito penal geral. A doutrina reconhece a este respeito que, no direito penal econômico, “os objetos merecedores de tutela são mais difíceis de isolar e recortar por afetarem uma série de interesses de natureza distinta a respeito dos quais existe uma relação dialética que oscila entre a convergência e o antagonismo”, que são precisamente os “interesses individuais e de grupo, interesses ‘difusos’ e interesses referidos à comunidade considerada de forma unitária” (HENDLER, 1996:33).

O problema reside na evidente necessidade imposta ao direito penal econômico de conciliar direitos individuais e direitos coletivos na perspectiva da tutela de bens jurídicos sem perder de vista o fato de que a criminalidade econômica afeta sobretudo, direta ou indiretamente, direitos de natureza socioeconômica, vale dizer, de natureza coletiva, muito embora, secundariamente, como ocorre, por exemplo, nos crimes contra o consumidor, cause também um dano ou um perigo de dano aos direitos individuais (MARTÍNEZ-BUJÁN, 2007:119). Ademais, em que pese o fato de não proteger apenas uma categoria de bens jurídicos, o direito

³ É manifestamente equivocado o entendimento de que o liberalismo econômico é hostil à intervenção do direito penal em matéria econômica. O Estado capitalista necessita disciplinar a atividade econômica, inclusive por intermédio do direito penal, com a finalidade de conferir higidez ao mercado de maneira a lhe proporcionar as condições indispensáveis ao seu funcionamento. Neste caso, porém, a intervenção do direito penal no âmbito da economia somente se justifica diante da impossibilidade da preservação dos bens jurídico-econômicos de maior relevância que não possam ser adequadamente tutelados por meios extrapenais e mesmo extrajurídicos, consoante os ditames do direito penal de garantias.

penal econômico vê-se diante da tarefa de conferir tratamento homogêneo a uma variedade considerável de condutas heterogêneas tipificadas como crimes econômicos.

Uma primeira dificuldade enfrentada na definição do bem jurídico-penal econômico provém de setores doutrinários que, de certa maneira, opuseram-se ao conceito de bem jurídico coletivo. Na doutrina penal alemã, por exemplo, MEZGER (2004:107) manifesta-se no sentido de que toda lesão a bem jurídico individual não pode deixar de afetar reflexamente a coletividade e vice-versa, razão pela qual não existiriam propriamente bens jurídicos individuais ou coletivos, mas tão-somente “bens de direito”. Neste sentido, um tanto distinto é o entendimento de CERESO MIR (1996:13) quando assinala que os bens jurídicos, mesmo individuais, “são protegidos pelo direito penal somente na medida em que se revestem de importância social”. Porém, de um modo ou de outro, o fato é que não se pode deixar de considerar a existência de uma necessária interdependência entre bem jurídico individual e bem jurídico coletivo que, no entanto, não elimina as distinções existentes entre ambos.

Em primeiro lugar, deve-se assinalar que, sejam individuais ou coletivos, os bens jurídicos existem em razão da necessidade de preservação dos direitos humanos e não da proteção dos interesses do sistema político ou econômico. Tutelam-se bens jurídicos penais-econômicos de maneira imediata ou direta para assegurar o funcionamento regular da ordem econômica, porém, mediamente ou indiretamente, para proteger direitos humanos de natureza individual ou social que, ao final e ao cabo, são interdependentes, na medida em que a vigência dos primeiros é condição da vigência dos segundos e vice-versa.

Por outro lado, faz-se necessário esclarecer se o bem jurídico tutelado pelo direito penal é individual ou coletivo para que se estabeleça com exatidão o que se protege e em nome de quem se protege, evitando-se, assim, que o objeto de proteção da norma penal incriminadora consista numa abstração completamente esvaziada da relevância que lhe confere o direito penal de garantias. Verificando-se esta última e desagradável hipótese, “o lugar do

interesse na proteção do bem jurídico seria ocupado pelo difuso interesse na subsistência da ordem estabelecida pela coletividade e o conceito de bem jurídico se diluiria no conceito genérico de ordenamento jurídico” (MAURACH; ZIPF, 1994:13).

A doutrina do direito penal econômico afirma que, neste ramo do direito, o bem jurídico não existe no interesse individual, mas sim no interesse do ordenamento estatal considerado em sua totalidade (TIEDMANN, 2000:21). Contudo, esta afirmação somente se mostra aceitável à luz do direito penal de garantias quando a intervenção penal ocorresse no interesse da sociedade como um todo e não do sistema em si.

Embora certos setores doutrinários resistam à denominada “modernização” do direito penal e expressem o ponto de vista de que os únicos bens jurídicos dignos de tutela por parte deste ramo do direito são os individuais, a parcela majoritária da doutrina aparentemente tem aceitado o fato de que bens jurídicos coletivos também se revestem de dignidade penal, mesmo porque eles sempre foram objeto de proteção por parte do direito penal “clássico” ou “tradicional”. Por outro lado, não se pode perder de vista que embora seja verdade que o Estado social de natureza autoritária tem proclamado reiteradamente a superioridade do interesse estatal sobre o individual, subordinando, desse modo, o indivíduo ao organismo social, o Estado social-democrático de direito tem, diferentemente, envidado esforços para compatibilizar direitos individuais e direitos coletivos por considerar positiva a repercussão que a proteção destes últimos tem sobre a tutela dos primeiros. Em outras palavras: no Estado democrático de direito tutelam-se direitos coletivos em nome da preservação de direitos individuais.

A doutrina penal costuma afirmar, acertadamente, que o interesse individual precisa prevalecer sobre o interesse coletivo no Estado democrático de direito, considerando-se que o sistema social deve, em última análise, ser colocado a serviço do indivíduo e não o contrário. Assim sendo, no Estado social-democrático de direito “a valoração da importância de determinado interesse coletivo exigirá uma comprovação do dano que sua vulneração

cause ao indivíduo” (MIR PUIG, 2006:91). Por conseguinte, de acordo com esta sábia orientação da doutrina penal, o desenvolvimento do direito penal econômico não deve resultar no abandono da concepção personalista de bem jurídico. Os bens jurídicos coletivos devem ser deduzidos dos individuais ou, dito de outra forma, “os interesses gerais só podem ser legitimamente reconhecidos na medida em que sirvam aos interesses pessoais” (MUÑOZ CONDE, 1989:108). Portanto, a pena a ser imposta em decorrência da violação de interesses gerais somente é legítima diante da existência da “relação teleológica que guardam em relação às possibilidades da participação do indivíduo na sociedade” (MUÑOZ CONDE, 1989:109).

Na esteira de tais considerações, a doutrina penal sustenta a existência de uma relação de complementariedade entre bens jurídicos individuais e coletivos. Na referida relação, os bens jurídicos coletivos seriam complementares aos individuais (BUSTOS RAMÍREZ, 1987:197; CARO CORIA, 2005:51-52; BUSTOS RAMÍREZ, HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999:59, 61, 111). Além disso, existiria, por assim dizer, algo como uma espécie de relação hierárquica entre os diversos bens jurídicos com os individuais ocupando uma posição mais elevada (CARO CORIA, 2005:44-45) ou, pelo menos, não inferior aos coletivos (PRADO, 2003:105).

Porém, tudo isto considerado, os vínculos de complementariedade ou de interdependência entre os bens jurídicos ou, alternativamente, de subordinação dos coletivos aos individuais, não devem ser entendidos como expressão da ausência de autonomia dos primeiros em relação aos segundos. Pode-se tutelar legitimamente bem jurídico coletivo mesmo que não se proteja, ao mesmo tempo e no mesmo nível, o bem jurídico individual. Em outras palavras, a norma penal pode assegurar legitimamente um bem jurídico coletivo contra lesão ou perigo de lesão sem que precise proteger, imediatamente ou diretamente, um dado bem jurídico individual, sendo suficiente que a violação do primeiro implique, mediatemente, de maneira reflexa, em lesão ao segundo. Em resumo, mostra-se perfeitamente justificável a

proteção proporcionada por uma norma penal incriminadora de direito penal econômico a bens jurídicos coletivos, desde que esta proteção pretenda evitar, em última análise, mesmo que remotamente, lesão aos direitos individuais.

O reconhecimento dos direitos econômicos e sociais pelo Estado democrático de direito impõe o dever de tutela de bens jurídicos coletivos quando estes forem absolutamente essenciais à preservação dos interesses sociais desde que não existam meios menos lesivos de protegê-los de lesão ou perigo de lesão. O mundo contemporâneo caracteriza-se pela emergência ou mesmo pela expansão de certos riscos inerentes ao que se convencionou denominar de sociedade pós-industrial. Esta realidade social impõe a convocação do direito penal econômico com o objetivo de controlar os aspectos mais disfuncionais da economia de mercado em benefício imediato da coletividade e, mediatamente, dos indivíduos que a integram.

Formuladas as considerações anteriores, merece registro o fato de que também no campo do direito penal econômico o conceito de bem jurídico desempenha uma função dogmática ou teleológica que consiste em servir como critério de interpretação dos tipos penais. De acordo com a doutrina penal, “o bem jurídico configura um elemento imprescindível no momento de interpretar a lei penal e definir os alcances do tipo delitivo”, permitindo, assim, “delimitar a matéria da proibição conforme a finalidade e o sentido teleológico da lei” (FERNÁNDEZ, 2004:9).

Portanto, atualmente o conceito de bem jurídico revela-se indispensável como instrumento hermenêutico a ser utilizado na avaliação da adequação social de condutas formalmente típicas no âmbito da interpretação teleológica, afirmação igualmente válida em relação às figuras de delito tipificadas no âmbito do direito penal econômico.

3. CONCLUSÃO: OS LIMITES DA TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO CAMPO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO.

As possibilidades de emprego da teoria da adequação social no âmbito do direito penal econômico ainda não foram satisfatoriamente exploradas pela doutrina penal nacional. Não obstante, aparentemente não existem óbices intransponíveis ao reconhecimento da adequação social de determinadas condutas tipificadas formalmente como crimes econômicos, cabendo aos estudiosos do direito penal explorar as inúmeras alternativas existentes neste sentido. Há, de fato, determinadas situações em que comportamentos formalmente típicos em matéria penal econômica não se revestem de tipicidade material em face da realidade histórico-social de um povo. São condutas destituídas de ofensividade penal pelo costume imemorial que reflete os valores de uma dada comunidade em um momento histórico preciso. Estas condutas fazem-se merecedoras de maior atenção por parte da doutrina penal nacional.

Por outro lado, as características do bem jurídico-penal econômico decerto constituem um impedimento intransponível ao reconhecimento da adequação social de determinadas condutas formalmente típicas em matéria penal-econômica. A natureza eminentemente coletiva dos bens jurídicos-penais econômicos impede ou dificulta a conscientização em torno da lesividade de uma gama de condutas tipificadas como crimes econômicos, a exemplo do que ocorre com os crimes contra o sistema financeiro, com determinados crimes contra o meio ambiente, dentre outros. Uma comunidade pode, por exemplo, considerar perfeitamente adequada socialmente uma conduta capaz de causar consideráveis danos ao meio ambiente que, reflexamente, atinge inúmeros indivíduos ou que repercute negativamente nas futuras gerações. Nesses casos exemplares, revela-se contraproducente o recurso do intérprete à teoria da adequação social, na medida em que ela legitimará a prática de comportamentos lesivos aos direitos humanos.

Por último, acreditamos que a doutrina penal nacional também não deve descurar daquelas situações nas quais a sociedade considera socialmente adequadas determinadas condutas em razão do costume ou dos valores dominantes vigentes, mas, em sentido contrário, o legislador penal vê-se na contingência de reiterar a necessidade de criminalização das mesmas pela via legislativa após valorá-las negativamente com base na doutrina dos direitos humanos ou em contribuições provenientes da criminologia ou mesmo de outros saberes que também possam ter a problemática criminal por objeto, a exemplo da economia e da ciência política.

Embora não se possa desconhecer o potencial polêmico de tais considerações conclusivas, não parece haver dúvida de que, no mínimo, elas podem consistir em um ponto de partida suficientemente sólido para ulteriores análises e discussões a respeito da aplicação da teoria da adequação social em matéria de criminalidade penal econômica.

REFERÊNCIAS

- BUSTOS RAMÍREZ, J. Los bienes jurídicos colectivos. **Control social y sistema penal**. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1987, p.181-203.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Trotta, 1999, v.2.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los orígenes de la teoría de la adecuación social**: teoría final de la acción e imputación objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- CARO CORIA, Dino Carlos. “Sociedad de riesgo” y bienes jurídicos colectivos. **Estudios de derecho penal**. Lima: Ara Editores, 2005, p.31-56.
- CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español**: parte general. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1996, t.1.
- FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A adequação social da conduta no direito penal**: ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

- FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito**. Montevideo: B de F, 2004.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v.2.
- GRACIA MARTÍN, Luis. El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito, **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 2004, n.6-7, p.1-22.
- HENDLER, Edmund S. Una aproximación al tema de los delitos económicos. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a.4, n.13, jan/mar, 1996, p.33-37.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. **Derecho penal económico**. Madrid: Montecorvo, 1987.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Astrea, 1994, t.1.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5.ed. Barcelona: Edição do autor, 1988.
- MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Montevideo: B de F, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Instituciones de derecho penal**: parte general. Lima: Grijley, 2005.
- PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico e Constituição**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles. La adecuación social y el delito de detenciones ilegales. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. [S.L]: [S.E], n.7, 2001, p.443-474.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Adequação social e direito penal. In Mendes, G.; BOTTINI, P.; PACELLI, E. **Direito penal contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011, p.57-82.

TIEDMANN, Klaus. **Derecho penal y nuevas formas de criminalidade**. Lima: IDEMSA, 2000.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo: B de F, 2001.

WELZEL, Hans. **Estudios de derecho penal**. Montevideo: B de F, 2003.