

# CRITÉRIOS POLÍTICO-CRIMINAIS DA INTERVENÇÃO PENAL NO ÂMBITO ECONÔMICO: UMA LÓGICA EQUIVOCADA<sup>1</sup>

# 2

ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA

Professora Doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora visitante da Universidade de Salamanca – Espanha e membro do Grupo de Estudio Contra la Corrupción – USAL/Espanha. Membro da diretoria do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal – AIDP. Membro do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária – SP.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito Penal e conteúdo material do delito no âmbito do Estado Democrático de Direito – 3. Reflexos da sociedade atual no Direito Penal Econômico – 4. A ordem econômica entre o Direito Administrativo e o Direito Penal – 5. Em busca da racionalidade da intervenção penal na esfera econômica – 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

Há na atualidade grande preocupação com a necessidade da reconquista de racionalidade pelo Direito Penal, para o fim de reafirmar seu papel secundário, como

1. O conteúdo do presente estudo corresponde em parte à Tese *da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*, apresentada pela autora em outubro de 2010 em concurso de livre-docência junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tendo-se procedido a alterações e inserções específicas sobre a matéria penal econômica.

instrumento de controle formal voltado à tutela subsidiária e fragmentária de bens jurídicos. Tal aspiração é confrontada com a crescente tendência de considerar a intervenção penal um meio político idôneo para a solução dos principais problemas da sociedade contemporânea, conferindo-lhe uma função promocional simbólica, o que faz reavivar a polêmica existente até a década de 70 do último século sobre a atribuição de um papel propulsor social às normas penais.

Em referido contexto expansivo, ocupa especial destaque o Direito Penal Econômico, talvez porque nesse âmbito haja menos possibilidade de dissimulação do objetivo pragmático pós-capitalista voltado à repressão, por meio da sanção penal, de condutas potencialmente contrárias à lógica dominante do mercado. A partir do intervencionismo a que se assiste em matéria penal econômica, fundado no estabelecimento de novos interesses pretensamente carentes de proteção, de um lado, bem como na definição de técnicas de tutela cada vez mais antecipada, de outro, pode-se afirmar que o Direito Penal Econômico constitui um observatório privilegiado que, nas palavras de Enzo Musco, permite alimentar uma reflexão teórica sobre as características e a lógica estruturante do sistema penal como um todo.<sup>2</sup>

Nesse sentido, observa-se que as causas frequentemente relacionadas à expansão penal em geral, tais como a globalização, existência de novos riscos, a sensação social de insegurança, a identificação social como potencial vítima do delito, o descrédito em outros instrumentos de proteção, a atuação dos gestores atípicos da moral, e a atuação da esquerda política,<sup>3</sup> levam também à pretensa legitimidade da adoção de um “novo” modelo de sistema penal econômico, ancorado na busca de maior eficácia diante da demanda social de segurança. Tais fatores de expansão resultariam, portanto, na aceitação do desprezo ao princípio da ofensividade, na crescente administrativização do direito penal e da conversão do bem jurídico, originalmente tido como critério de limitação, em alibi da intervenção penal.

É necessário observar, porém, que os referidos fatores causais atribuídos ao expansionismo penal<sup>4</sup> influenciam apenas de forma relativa o Direito Penal Econômico,

---

2. Cf. MUSCO, Enzo. El nuevo derecho penal económico entre poder legislativo y poder ejecutivo. In TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coords.). *Temas de derecho penal económico*. III encuentro hispano-italiano de derecho penal económico. Madrid: Trotta, 2004. p. 169.

3. Conforme o catálogo de causas determinantes do fenômeno de expansão penal exposto por Jesús-María Silva Sánchez. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999. p. 21 e ss.

4. É importante reconhecer o uso não raras vezes equivocado da expressão *expansão do direito penal*, empregada invariavelmente em sentido crítico ou negativo. É natural no Estado Democrático de Direito que o direito penal encontre novos âmbitos de aplicação, relacionados fundamentalmente

evidenciando-se, na verdade, uma mera atitude de simplificação do discurso político-criminal neste âmbito, a partir do abandono de valorações ideológicas e científicas.

Nessa perspectiva, compreendendo-se a própria ideia de globalização para além da concepção superficial de simples fenômeno de expansão generalizada da economia de mercado, verifica-se que a concentração de poder econômico em determinados polos e, assim, a desigualdade e as relações de interdependência geradas a partir desse processo levam a um processo de criminalização também desigual, caracterizado por uma política criminal ora definida pelo absentismo (nas hipóteses em que se pretende deixar a disciplina do mercado aos próprios interesses de seus participantes dominantes), ora pelo rígido intervencionismo (quando se tratar de assegurar a segurança exigida por esse mesmo mercado contra comportamentos valorados como disfuncionais).<sup>5</sup>

Da mesma forma, a existência de novos riscos não pode ser valorada sempre de forma negativa na expansão penal econômica, pois estes se tratam, de fato, de preocupações materiais referentes a interesses legítimos advindos do próprio desenvolvimento social. Finalmente, a crítica à sensação geral de insegurança como fator desencadeador da intervenção disfuncional do Direito Penal Econômico também parece merecer reparos, na medida em que referida demanda social de segurança é fundamentalmente dirigida à criminalidade violenta, associada aos marginalizados sociais, e não aos *white collar crimes*.

A partir da constatação do equivocado estabelecimento de relação de causalidade entre os elementos acima apontados e a reação expansionista punitiva do Estado, observa-se que a admissão de tais fatores exógenos como pretextos de uma intervenção penal excessiva no plano econômico acaba por levar a uma atitude conformista de aceitação de um modelo repressivo que viola frontalmente os pressupostos político-sociais de um Estado Democrático de Direito, impedindo que se discutam criticamente suas bases e, assim, os próprios fatores internos do sistema que levam aos questionamentos mais profundos sobre sua legitimidade.

---

à esfera supraindividual, que antes não eram considerados socialmente relevantes (ou mesmo nem sequer existiam). Nesse contexto, a expansão penal mostra-se justificável, porque condizente com o desenvolvimento social, se realizada em observância aos princípios fundamentais decorrentes do modelo político-social democrático, com destaque ao seu caráter subsidiário e à proporcionalidade. Essa expansão difere, porém, da atitude disfuncional de *expansionismo penal*, identificada com a tentativa de abarcar grande parte das novas necessidades sociais exclusivamente ou em primeiro plano por meio da intervenção penal, estando essa segunda hipótese a merecer a acertada crítica quanto à sua ilegitimidade democrática e aos seus efeitos contraproducentes.

5. No mesmo sentido, tratando da influência relativa dos fatores frequentemente relacionados à expansão penal na esfera econômica, v. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coords.). Op cit., p. 221-228.

Longe de pretender buscar as causas da disfuncionalidade da intervenção penal no âmbito econômico em processos causais externos (o que não significa negar por completo sua existência), o presente estudo parte, assim, da hipótese de que a falta de legitimidade do referido sistema deriva principalmente da adoção de uma metodologia equivocada em relação ao entendimento do direito penal em geral, e que na órbita econômica mostra-se mais evidente e potencializada, em razão da natureza supraindividual e, portanto, mais desmaterializada dos interesses envolvidos. Apenas a partir do enfrentamento de tais dificuldades internas é possível estabelecer, por meio de uma revisão metodológica, os critérios materiais para a construção de um sistema de controle social formal legítimo, no qual o direito penal represente, efetivamente, a *ultima ratio*. Trata-se, assim, de voltar ao debate metodológico nunca superado sobre os próprios limites de legitimidade da intervenção penal, fundamentalmente relacionados à sua função de proteção subsidiária de bens jurídicos.

## 2. Direito penal e conteúdo material do delito no âmbito do Estado Democrático de Direito

Proibir, por meio da imposição de pena, constitui um fato político que permite a compreensão normativa acerca dos interesses sociais fundamentais, bem como da fronteira das liberdades individuais.<sup>6</sup> Todo Direito Penal materializa, portanto, uma determinada política criminal, que depende, por sua vez, dos princípios de organização política próprios do Estado a que corresponde. Dessa forma, a natureza do Estado condiciona, no plano axiológico, o estabelecimento das condutas que se quer evitar e a racionalidade na utilização dos meios de intervenção penal para esse fim.

Tratando especificamente do modelo do Estado Democrático de Direito, no caso brasileiro, observa-se que este constitui uma opção política cuja legitimidade não se origina meramente de seu reconhecimento constitucional, mas, antes, de um consenso ao qual se chegou após mais de dois séculos de experiência histórica que evidenciaram a necessidade de submeter o poder estatal a limites jurídicos democráticos, com raiz na ideia liberal, sem deixar de lado sua função de resolução de problemas sociais.<sup>7</sup> Em

6. No mesmo sentido, v. HASSEMER, Winfried. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (coords. da versão alemã). MUÑOZ CONDE, Francisco (coord. da versão espanhola). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 24.

7. Do mesmo modo, tratando do modelo político-social espanhol, v. MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal. In: CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; ORTOS BERENQUER, E. (dir.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 1359, t. II.

tal contexto, de cunho personalista, o sistema penal, como subsistema do sistema de controle social, é necessariamente subordinado, por meio da política criminal, à carga valorativa que conforma os demais subsistemas de controle, fundando-se na própria garantia dos direitos individuais.

Nessa perspectiva, o direito penal legitima-se democraticamente quando voltado à proteção da sociedade e, em última análise, dos interesses dos indivíduos que a compõem. Justifica-se, então, a intervenção penal apenas na medida da necessidade para o fim de evitar delitos, conforme o princípio da intervenção penal mínima (desdobrado nas vertentes subsidiária e fragmentária), como decorrência da dignidade humana e do direito à liberdade, expressos constitucionalmente. Do mesmo modo, apenas se verifica a necessidade da intervenção jurídico-penal num contexto democrático quando esta seja realmente útil para cumprir seu objetivo protetor, e não um efeito meramente simbólico.

É de se observar, porém, que a despeito de o princípio da intervenção penal mínima ser decorrência do Estado Democrático de Direito, a dinâmica própria do intervencionismo que caracteriza referido modelo estatal leva ao perigo de comprometer sua realização efetiva. De fato, tem-se, de um lado, a tentação de utilizar o Direito Penal como instrumento de apoio a uma determinada política de governo, buscando-se a máxima eficácia do poder público. De outro lado, a necessidade de favorecer determinados interesses coletivos difundidos no âmbito social pelos denominados gestores atípicos da moral, não raras vezes, confunde-se com a conveniência da intervenção penal para impedir seu ataque.

Assim, a ideia de intervenção penal mínima, originalmente limitadora do direito penal, corre o risco de sujeitar-se à passagem de um caráter negativo para um critério positivo de incriminação – intervenção penal máxima –, caso se adote uma concepção do sistema penal legitimado a partir da equivocada confiança em sua eficácia.<sup>8</sup>

É bem verdade que constitui característica do sistema penal certa discrepância entre a busca efetiva da proteção social e a comunicação latente, por meio da norma, dos valores estabelecidos pelo Estado. O Direito Penal é, então, por natureza, um instrumento de controle social formal com carga simbólica, na medida em que suas disposições não somente buscam impedir e reprimir delitos concretos, como também incidir na consciência jurídica geral, reforçando os interesses sociais reputados fundamentais.<sup>9</sup>

8. No mesmo sentido, v. KAYBER, Marijon. Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal. Competencias penales en la cuestión del aborto. Trad. Ramon Ragués i Vallès. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 165.

9. Cf. ROXIN, Claus. *Problemas actuales de dogmática penal*. Trad. Manuel Abanto Vasquez. Lima: Ara Editores, 2004. p. 36.

O caráter simbólico do Direito Penal torna-se, porém, criticável quando as funções latentes buscadas predominam sobre as manifestas, vale dizer, quando as normas não desempenham efeitos concretos de proteção, estando destinadas apenas a reforçar a adesão dos indivíduos a uma determinada ideologia política e, assim, a medidas repressivas com conteúdo moralizante. Na verdade, o desvirtuamento do princípio da intervenção penal mínima por meio de uma intervenção penal desnecessária e simbólica é fruto da tentativa de ocultação das deficiências nas políticas públicas do Estado, buscando-se conferir à sociedade a falsa impressão de segurança e de um legislador atuante. O resultado desse processo traduz-se em grande prejuízo ao caráter democrático do Direito Penal, não podendo, por isso, ser tolerado num contexto que impõe necessariamente o balanço entre os custos e os benefícios da intervenção estatal para a garantia dos direitos do cidadão.

A constatação de um interesse digno de proteção e o posterior reconhecimento da existência de ataques relacionados a ele constituem condições necessárias, porém não suficientes, à intervenção penal, devendo-se acrescentar no exame crítico da legitimidade da incriminação a idoneidade dos instrumentos penais para os fins protetivos almejados. Assim, já não se pode buscar, por meio da intervenção penal, a realização da justiça (a exigir a proteção completa de bens jurídicos), mas sim a defesa da sociedade, excluindo-se da reação penal os comportamentos diante dos quais bastam outros meios de controle, em geral mais eficazes.

Conclui-se, então, que embora se chegue a questionar, em análise superficial da realidade atual, a compatibilidade do princípio de intervenção penal mínima com a concepção dominante do Estado intervencionista para a proteção efetiva da sociedade, fundamentalmente na esfera econômica, o reconhecimento de um Estado Democrático voltado ao bem-estar social não obriga a admitir um Direito Penal que restrinja a liberdade do cidadão além do imprescindível para sua própria proteção. Em outras palavras, maior intervencionismo estatal, justificável no contexto democrático atual em benefício do próprio desenvolvimento social e, assim, dos cidadãos diretamente implicados, não significa necessariamente maior intervencionismo penal. Ao contrário, tomado o Estado como instrumento a serviço dos indivíduos, a atividade político-criminal deverá estar teleologicamente orientada à busca da proteção dos respectivos direitos fundamentais, mesmo na esfera penal.<sup>10</sup>

De fato, a partir da concepção do Direito Penal como sistema racional-teleológico, em contraposição à referência ontológica do finalismo, sua compreensão

---

10. Sobre a orientação da política criminal à proteção dos direitos fundamentais, v. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Derechos humanos y derecho penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, XI. Santiago de Compostela, 1987. p. 32-33.

e aplicação adquirem um conteúdo construído e interpretado normativamente, sob o prisma valorativo, à luz da função de proteção dos interesses fundamentais à manutenção e ao desenvolvimento social, entendidos como bens jurídicos.<sup>11</sup> Essa concepção funcionalista se afasta do mero estabelecimento apriorístico de conceitos fechados, aplicáveis de forma absoluta aos fatos concretos por meio de uma operação lógico-formal.<sup>12</sup> De outro lado, a funcionalização do direito penal nos moldes de uma política criminal permite a interação entre o sistema penal e o modo de funcionamento da sociedade, possibilitando a sempre renovada discussão acerca de sua legitimidade e das alternativas para a concretização de sua função.<sup>13</sup>

A partir da verificação da função do Direito Penal como instrumento subsidiário de tutela de bens jurídico-penais, surge naturalmente a indagação sobre o objeto de referida proteção, ou, em outras palavras, o conteúdo do delito. Em análise superficial, poder-se-ia afirmar que delito é o fato considerado positivamente pelo legislador como tal, fazendo coincidir seus conteúdos formal e material. Na verdade, porém, o questionamento sobre quais condutas podem ser proibidas pelo Direito Penal leva necessariamente à própria questão dos limites da intervenção penal. Por isso, a exteriorização de uma vontade formalmente contrária ao imperativo da norma não basta para caracterizar como delitiva a conduta, requerendo-se, além disso, a materialização de uma ofensa ao bem jurídico tutelado. De fato, se a norma penal não é apenas um imperativo, mas, antes, uma valoração, deve responder a algo, materializado nas exigências de garantir a existência e o desenvolvimento da vida social. Contrapõe-se, assim, conceitualmente o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos ao denominado princípio de desobediência, correspondendo o primeiro, no âmbito político-criminal, ao padrão crítico do poder punitivo estatal.

Daí verifica-se que, além de relacionar-se ao entendimento do Direito Penal como instrumento subsidiário de proteção de bens jurídico-penais, o conteúdo material do delito vincula-se também ao princípio da ofensividade, nascido no contexto liberal sob o dogma *nullum crimen sine iniuria* com a finalidade de distinguir direito e moral. Tal princípio comporta uma dupla exigência: o ilícito penal requer a exteriorização de um fato, o qual deve lesionar ou expor a perigo um bem

11. Entende-se, assim, o bem jurídico sob o ponto de vista relacional ou dinâmico, como a síntese normativa de um interesse social fundamental para o livre desenvolvimento, com referente individual.

12. Nesse sentido, v. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20 e ss.

13. Na mesma linha, v. HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, v. 12, fasc. 45/48, 1989. p. 276.

juridicamente tutelado, estabelecendo-se os limites entre o delito e comportamentos carentes de ofensividade.

Dessa forma, embora o conceito de bem jurídico não coincida com o princípio da ofensividade, ambos estão intimamente relacionados na busca da limitação e, conseqüentemente, da legitimidade do Direito Penal para intervir sobre a liberdade individual. Nesse sentido, observa Eugenio Raúl Zaffaroni que a mera ideia de bem jurídico tutelado tende, por si só, a relacionar-se com um discurso de eficácia tutelar da lei penal que permite a incriminação de comportamentos muito distantes da concreta ofensividade e até mesmo a criação de bens jurídicos em verdade inexistentes, pois essa espiritualização sofrida pelo bem jurídico acaba desembocando em um único bem valor tutelado: a vontade do próprio Estado. Por isso, mais coerente falar-se em bens jurídicos afetados, como expressão do princípio da ofensividade, requerendo-se, portanto, o mínimo de afetação concreta.<sup>14</sup>

Não basta, assim, buscar identificar o conteúdo material de uma determinada norma penal com um bem jurídico digno de proteção, sendo necessário também estabelecer uma relação de ofensividade entre o comportamento descrito no tipo de injusto e o referido bem. É justamente sobre esses dois critérios que reside a maior parte das dificuldades referentes à justificação democrática da intervenção penal, sendo frequente, na prática, a adoção de sutis precisões e revisões terminológicas ao designar o bem jurídico e os limites de sua ofensividade, de forma a confundi-los com meros recursos retóricos que mascaram uma intervenção penal irracional.

Portanto, não é possível pretender encontrar, a partir de uma determinada norma, qual seja o bem jurídico tutelado, e sim o contrário, vale dizer: por meio de uma valoração político-social, estabelecer dado interesse como um bem jurídico digno de proteção penal e, a partir de sua complementação por outros critérios positivos de legitimidade, tais como os princípios da ofensividade, da proporcionalidade e da intervenção penal mínima, definir os moldes normativos da respectiva tutela.

Todas as considerações gerais acerca dos limites da intervenção penal no âmbito do Estado Democrático de Direito são aplicáveis também ao campo específico do Direito Penal Econômico. De fato, as alegadas particularidades deste último apenas dizem respeito a seu delimitado campo de aplicação, não podendo ser confundidas com uma pretensa autonomia sistêmica.<sup>15</sup> Em outras palavras, o Direito Penal Econômico

14. Nesse sentido, v. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. (reimpr.). Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 129.

15. Nesse sentido, é necessário tomar com cautela a afirmação de Klaus Tiedemann, segundo a qual as peculiaridades internas do Direito Penal Econômico o convertem em sistema precursor do desenvolvimento do Direito Penal como um todo (TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas*

não pode ser tomado como setor independente de intervenção penal, paralelo a um Direito Penal “clássico”, mas sim como parte de um único sistema, obedecendo aos mesmos princípios e valores decorrentes do pressuposto político-social democrático. Nessa perspectiva passa-se a analisar os critérios para a legitimidade da intervenção penal em matéria econômica.

### 3. Reflexos da sociedade atual no Direito Penal Econômico

A partir da constatação das influências trazidas pela sociedade contemporânea na intervenção penal, introduziram-se nos últimos tempos novos bens jurídicos merecedores de proteção, em geral de orientação supraindividual. O estabelecimento jurídico-penal de tais interesses decorre do reconhecimento de uma superestrutura que se sobrepõe ao núcleo de bens jurídicos do Direito Penal liberal. Assim, sobre as pessoas e seus bens tradicionais situam-se diversos interesses de natureza supraindividual, a demandar igualmente a proteção estatal. Referidos bens são, então, reconhecidos num contexto de alteração da própria relação entre sociedade e Estado – que agora passa a interferir de forma ativa –, de tal modo que os interesses pessoais passam a ser vistos sob a perspectiva macrosocial, isto é, vinculados às relações sociais estabelecidas,<sup>16</sup> bem como ao funcionamento do sistema, a fim de se assegurar sua garantia. Nesse âmbito, a questão político-criminal fundamental já não diz respeito tanto à legitimidade da proteção dos bens jurídico-penais supraindividuais, e sim à determinação de seu respectivo conteúdo material, de forma a justificar a necessidade da intervenção penal.

Tratando especificamente da esfera econômica, afirma-se que a tutela penal não constitui um fenômeno totalmente novo.<sup>17</sup> As origens do sistema jurídico-penal econômico atual, assim como ocorre com o próprio Direito Penal, remontam ao modelo

---

*formas de criminalidad.* 2. ed. Trad. Manuel Abanto Vázquez. Lima: Grijley, 2007. p. 23). Com efeito, o frequente recurso às normas penais em branco, “a forma econômica de ver as coisas” (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*) e as particularidades no âmbito da autoria e participação decorrentes da divisão do trabalho na dinâmica econômica, dentre outras características apontadas pelo mencionado autor, não podem ser examinadas senão conforme a teoria geral do Direito Penal, não sendo aptas ao desenvolvimento de um sistema dotado de regras próprias excepcionais que conflitem com os fundamentos do Direito Penal.

16. Nesse sentido, v. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos: repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932. Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asúa. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. n. 11 (monográfica), 1986, p. 160-161.
17. Sobre a matéria, já no direito romano a especulação era punida com o fim de assegurar o abastecimento de cereais, bem como a adulteração de produtos alimentícios, a saída de determinados produtos, tais como ferro e armas, e a prática de preços acima do máximo estabelecido, conforme expõe TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 4.

liberal de exercício do poder, baseado, em última análise, na própria ilustração. De fato, se o pressuposto político-social liberal era caracterizado pela imparcialidade e neutralidade do Estado, tal postura acabava por implicar uma ampla liberdade aos agentes econômicos, levando à concentração de capitais e ao aumento das desigualdades, em prejuízo da própria manutenção do sistema. Justamente por isso, mesmo no âmbito do liberalismo econômico já se vislumbra a preocupação voltada à proibição penal da especulação de mercadorias e títulos.<sup>18</sup>

É, porém, partir da Primeira Guerra Mundial que se verifica o surgimento de um Direito Penal econômico em sentido sistemático. Nesse contexto, os conflitos sociais intensificados e as necessidades específicas de uma economia que materializava os esforços e resultados de guerra levavam à exigência de um dirigismo estatal da vida econômica, no sentido de sua própria defesa. A partir da assunção, pelo Estado, de um nítido papel intervencionista, tem-se nessa fase o passo fundamental para a superação do liberalismo clássico.<sup>19</sup>

Seguindo-se nesse processo de expansão e centralização da economia, observa-se, após a Segunda Guerra Mundial, uma intervenção estatal ainda mais acentuada nesse domínio. E a partir da segunda metade do século XX, impulsionado pela passagem da sociedade industrial para a sociedade pós-industrial, definitivamente são percebidas novas nuances na realidade social, implicando novos riscos.<sup>20</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, se desde a Constituição de 1934 se verifica especial preocupação quanto à intervenção estatal na esfera econômica (no próprio texto constitucional da época observam-se referências à proteção da economia popular), é na Constituição Federal de 1988 que se observa a maior abertura à tutela penal da ordem econômica, justamente diante de seu caráter dirigente. Assim, no art. 170 do texto constitucional estabelecem-se os fundamentos da ordem econômica brasileira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, de forma a assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames de justiça social, ob-

---

18. Na mesma linha, v. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 20.

19. Nessa linha, confira-se a exposição de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. *Problemática geral das infrações contra a economia nacional. Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 69.

20. Pode-se apontar, nesse sentido, os exemplos emblemáticos dos casos *Enron* e *Worldcom*. Tais eventos levaram, inclusive, à elaboração do *Sarbanes-Oxley Act*, em 2002, no âmbito dos Estados Unidos da América, que alterou diversos dispositivos do *United States Code*, para o fim de majorar as penas previstas nessas hipóteses criminosas. Tais acontecimentos colocaram em maior evidência a necessidade de reflexão quanto à funcionalidade do Direito Penal Econômico, em face de um dito “surto” dessa nova criminalidade.

servados diversos princípios, dentre os quais se destacam o de livre concorrência e de tratamento favorecido a empresas de pequeno porte. No mesmo sentido, trata-se em seguida da repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, prevendo, além da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, a responsabilidade desta última (art. 173, §§ 4.º e 5.º, da CF/1988). A partir do texto constitucional de 1988 surge, assim, uma ampla gama de leis extravagantes a regular, na esfera penal, distintos aspectos da ordem econômica, tais como a economia popular, o sistema financeiro nacional, a arrecadação fiscal; os interesses dos consumidores e as relações de consumo, as licitações, o mercado de capitais, o meio ambiente, a lavagem de capitais, dentre outros.

Diante de tão extenso arcabouço normativo, haveria que se definir, antes de tudo, quais são os bens jurídicos dignos de proteção penal na órbita econômica, a legitimizar a intervenção repressiva do Estado. Em uma primeira abordagem, poder-se-ia afirmar a própria ordem socioeconômica em geral como interesse social digno de tutela penal. Sendo, porém, equivocada a ideia de vinculação positiva absoluta do Direito Penal à Constituição, não é possível simplesmente transpor o valor constitucionalmente garantido à esfera penal, buscando um entendimento neopositivista do bem jurídico. É necessário delimitar, então, o sentido material do interesse fundamental a ser penalmente protegido, questionando-se, inclusive, a existência de um referente individual. Nessa linha, é comum o estabelecimento de relação entre a ordem econômica e as expectativas sociais voltadas à confiança na estrutura econômica, indispensáveis à manutenção do sistema e, assim, ao próprio desenvolvimento dos indivíduos no âmbito social.<sup>21</sup> Cabe, porém, detalhar melhor os limites de tal bem jurídico supraindividual.

No âmbito dos bens jurídicos coletivos, e, para o que interessa ao presente estudo, tratando especificamente do âmbito econômico, assume marcada importância a discussão dos denominados bens jurídicos institucionais, caracterizados estruturalmente por Roland Hefendehl como bens jurídicos de confiança (*Vertrauensrechtsgüter*). Sua peculiaridade consiste em que, por um lado, a ação indesejada em particular não consegue afetar consideravelmente a confiança coletiva como pressuposto de funcionamento de determinados fenômenos socialmente importantes. Por outro lado, se se permitissem os comportamentos em questão, desapareceriam as condições institucionais para a existência da referida confiança.<sup>22</sup> Tratando-se de bens jurídicos de confiança, a delimitação de sua proteção deve, assim, ser extraída da estrutura da ordem institucional em concreto.

21. Nesse sentido, v. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op cit., p. 32.

22. Cf. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 2002, p. 124 e ss.

Na mesma linha, Rafael Alcácer Guirao divide os bens jurídicos supraindividuais em dois grandes grupos: os bens jurídicos intermediários, que se configuram como contextos prévios de lesão de bens jurídicos individuais e que, portanto, podem ser reconduzidos diretamente a um bem jurídico pessoal (a exemplo da segurança do tráfego); e bens jurídicos institucionais, que compreendem realidades sociais que não se perfilam como meros setores de risco a interesses individuais, mas sim constituem verdadeiros bens públicos, instituições essenciais para o desenvolvimento social baseadas na participação de seus integrantes, e que, por isso, sua lesão tem um caráter autônomo, e não dependente como estado prévio à lesão de um bem jurídico individual. Nesse último caso, não se trata de antecipar a tutela de bens especiais, mas, sim, de proteger outros bens cuja peculiar natureza exige o emprego de tal técnica devido à impossibilidade de serem lesionados por uma só ação individual. Por essa razão, poder-se-ia, conforme o autor, afirmar nessas hipóteses formalmente a existência de delitos de lesão (como o exemplo dos delitos contra a Fazenda Pública, estando a criminalização da conduta nesse caso baseada não na proteção de esferas de liberdade, e sim na vulneração do dever de contribuir à sua manutenção).<sup>23</sup>

Tais concepções se revelam perigosas, na medida em que podem levar à confusão entre bem jurídico e dever formal, ou, conforme observa Juarez Tavares, entre bem jurídico e função.<sup>24</sup> Justamente por isso, Hernán Hormazábal Malarée adverte que, a fim de que tais bens não se transformem na mera proteção de interesses coletivos próprios de regimes autoritários, que em última análise dão margem ao atropelo de direitos individuais, há de se exigir em seu núcleo a proteção de um bem jurídico individual.<sup>25</sup>

E tratando-se da criminalidade econômica, a discussão sobre a legitimidade da intervenção penal, a partir do bem jurídico, ganha particular relevância na medida em que o dever de assegurar um espaço vital aos diversos interesses antagônicos envolvidos obriga o legislador a incriminar apenas determinados comportamentos. A construção dos tipos penais deve, nesse caso, atender um delicado equilíbrio, com o fim de evitar a excessiva intervenção em atividades socialmente úteis. Nesse contexto, surgem dificuldades para alcançar referido equilíbrio, seja em face da complexidade e desmaterialização dos interesses envolvidos, cuja concreção em bens jurídicos se revela difícil, seja em razão do próprio caráter promocional que não raras vezes é

23. Cf. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los daños cumulativos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 04-08, 2002. Disponível em: [[http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-08.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html)], p. 08.

24. Nesse sentido, e referindo-se à classificação geral dos bens jurídicos em individuais e coletivos, v. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 203.

25. Cf. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. El principio de lesividad y el delito ecológico... cit., p. 1.419.

atribuído de forma equivocada ao Direito Penal,<sup>26</sup> tornando-o um instrumento de controle social hiperatrofiado.<sup>27</sup>

De outro lado, o fato de os bens jurídicos supraindividuais serem complementares aos individuais, tal qual afirma amplo setor da doutrina (conforme a denominada teoria pessoal do bem jurídico), encontrando por vezes um referente tangível nos diversos interesses vitais dos sujeitos individualmente considerados, não gera a necessidade de que os tipos penais que materializam sua proteção se dirijam imediatamente ao indivíduo para definir sua estrutura, restando clara sua autonomia conceitual.<sup>28</sup>

Da mesma forma, não é possível deixar de admitir que nos delitos referidos a bens jurídicos supraindividuais não se produz em geral um resultado material em sentido estrito. Nesse contexto, parte das dificuldades de reconhecimento da legitimidade de tutela penal na esfera supraindividual provém da própria origem do conceito de bem jurídico, a partir de uma perspectiva causal-naturalista característica do século XIX, a implicar a confusão entre tais bens jurídicos e seu substrato material, bem como entre a ofensa a esses bens e a produção de um dano, entendido como destruição de um objeto quantificável. Na verdade, a ofensividade não pode ser interpretada realisticamente como o dano provocado em coisas, mas sim como potencial de lesão ao interesse sobre tal coisa.<sup>29</sup> O equívoco está aqui na utilização do objeto material do delito como referencial para a averiguação da ofensividade, a despeito de tal distinção teórica ser já antiga na doutrina.

Assim, sem descuidar do referente individual, conclui-se que nos delitos identificados com a proteção de bens jurídicos supraindividuais, a ofensividade deve ser ana-

26. No mesmo sentido, v. TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 45-46.

27. Cf. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. *Derecho Penal y Criminología*. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Vol. XIII, n. 43, enero-abril 1991. p. 737 e ss.

28. No mesmo sentido, v. FABIAN CAPARRÓS, Eduardo A.. *El delito de blanqueo de capitales y la corrupción de agente público extranjero e internacional*. Tese de Doctorado. Universidad de Salamanca, 1997, p. 58; e MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, 1993, p. 32.

29. Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales...* cit., p. 219-222. Sobre o tema, a autora observa, aliás, que mesmo em relação aos delitos referidos a bens jurídicos individuais, não se pode confundir a lesão ao bem jurídico com a lesão do objeto do delito, mesmo quando o objeto do delito corresponde ao substrato material do bem jurídico. A lesividade supõe, assim, a lesão do bem jurídico, independentemente da efetiva lesão também do objeto do delito, que nesse caso constituirá o resultado material de lesão. O exemplo dado, nesse caso, é o do homicídio, no qual a lesão do objeto do delito (resultado em sentido material) é a morte da vítima e a lesão do bem jurídico (resultado em sentido jurídico) é a lesão do interesse social individual pela vida; o que possibilitaria, inclusive, a reinterpretção de casos específicos tais como o da eutanásia. Idem, p. 222.

lisada conforme critérios relacionados à relevância jurídico-penal do comportamento em termos de gravidade de afetação do bem, e não a partir de critérios naturalísticos de gravidade do dano. Justamente por isso, admite-se a possibilidade de se afirmar a existência de delitos de lesão em matéria supraindividual.<sup>30</sup> É verdade, porém, que justamente por não possuir um suporte material tangível, a análise da ofensividade dos bens jurídicos supraindividuais depende particularmente do grau de concretização em um contexto pré-positivado, havendo que se realizar um esforço contínuo nesse sentido, a fim de evitar a tutela de meros objetivos de organização política, social ou econômica, bem como de permitir que tais bens jurídicos possam seguir na função crítica de limitação da intervenção penal.

A esse ponto, cabe observar que a hierarquização entre bens jurídicos individuais e supraindividuais pode revelar-se perigosa, haja vista que, no contexto da sociedade atual, uma dissolução social do sujeito na constituição de bens jurídicos supraindividuais levaria à ameaça de uma funcionalização dos interesses pessoais em relação ao Estado. A necessidade do estabelecimento de relação entre um bem jurídico supraindividual e sua finalidade pessoal constitui, assim, a garantia de que a intervenção penal não decorrerá da mera imposição de políticas públicas nos âmbitos administrativo, econômico ou social. É de se distinguir, portanto, a noção de bem jurídico da ideia de função, relacionada a atividades de controle de determinados setores.<sup>31</sup>

Baseando-se na constituição do bem jurídico ao mesmo tempo como objeto de preferência – isto é, valor ou interesse vinculado à finalidade da ordem jurídica de proteção da pessoa – e objeto de referência – pressuposto de validade e de eficácia da norma –, Juarez Tavares busca diferenciá-lo de função, cujo conceito, num âmbito de instrumentalidade e de dependência, está intimamente ligado à ideia de relação.<sup>32</sup> A função não possui, desse modo, significado autônomo, correspondendo a uma relação derivada de variáveis correspondentes a pontos referenciais de algo, sem implicarem por si um valor ou interesse.

Poder-se-ia afirmar que o bem jurídico, entendido como interesse, também se identifica com uma relação entre um dado objeto e um sujeito, não se diferenciando, sob essa perspectiva, da função. Na verdade, porém, a relação intrínseca no conceito bem jurídico revela-se substancial, isto é, vincula-se a dois objetos referenciais reais e autônomos que existem independentemente dela. As relações entre funções, por

---

30. Nessa linha, v. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos colectivos...* cit., p. 160; e MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro...* cit., p. 43.

31. Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal...* cit., p. 204.

32. *Idem*, p. 206-209.

outro lado, não apresentam substrato material, dependendo das variáveis aplicadas em diferentes possíveis combinações. A distinção fundamental entre bem jurídico e função está, assim, na constatação de que a função não tem existência própria, dependendo de uma relação entre suas variáveis – o que apenas possibilita o cálculo de seus correspondentes predicados, sem conteúdo substancial –, enquanto o bem jurídico, por outro lado, pode ser tomado e valorado por si próprio.<sup>33</sup>

A utilização de funções como objeto de tutela apenas é sustentável a custo de se aceitar uma concepção metodológica do bem jurídico, como esquema mental para a interpretação de preceitos concretos, isto é, para individualizar a *ratio legis* de cada tipo penal. Essa construção banaliza o conceito de bem jurídico, conduzindo à incriminação de condutas que podem ser contrárias à *ratio* de uma ou mais disposições, porém que, realmente, estão longe da efetiva lesão de um bem jurídico.

Desse modo, o papel do bem jurídico não pode restar obscurecido pelo modo pelo qual o legislador disciplina um conflito de natureza meramente normativa.<sup>34</sup> Quando a incriminação se dirige não à tutela direta de um interesse, e sim a determinados modos estabelecidos para a resolução de uma situação, renuncia-se à capacidade seletiva de qualquer referente material. O processo de transformação progressiva da tutela de bens à tutela de funções que inspira a dinâmica da produção legislativa mais recente no âmbito penal traz inúmeros riscos, pois se opõe ao princípio da ofensividade e, antes, ao próprio princípio da subsidiariedade, afastando-se da função de garantia que o bem jurídico ainda está destinado a desempenhar na análise do poder punitivo estatal.<sup>35</sup> A passagem da tutela penal de bens jurídicos para a tutela penal de funções é apta, dessa forma, a comprometer o papel crítico do bem jurídico. De fato, as mencionadas funções, justamente em razão de sua natureza multiforme, não podem ser erigidas em critério delimitador do poder punitivo estatal, pois são objetivos de caráter político, social ou econômico.<sup>36</sup>

A questão que se põe, assim, invencível no contexto teórico liberal, relaciona-se à fixação de critérios que determinem os casos em que tais situações instrumentais

33. Idem, p. 213-214.

34. Nessa linha, v. PADOVANI, Tulio. La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni. *Dei Delitti e delle Pene*. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. Ano II, N. 01, gennaio-aprile 1984, p. 119 e ss.

35. Cf. MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (org.). *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro en homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José María Bosch, 1992, p. 122 e ss.

36. Nesse sentido, v. HASSEMER, Winfried. Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici. *Dei delitti e delle pene*. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. Ano II, N. 01, gennaio-aprile 1984, p. 109 e ss.

podem erigir-se em bens jurídicos dignos de tutela penal.<sup>37</sup> Juan Bustos Ramírez propõe, nessa linha, a distinção entre bens jurídicos que constituem as bases para a subsistência do sistema, diretamente vinculados ao indivíduo, de caráter microssocial, e aqueles relacionados ao funcionamento do sistema. Esses últimos seriam divididos em bens institucionais – referentes a instituições básicas para o funcionamento do sistema –, coletivos – voltados à satisfação de necessidades de caráter social e econômico –, e de controle – dirigidos à proteção do aparato estatal no cumprimento de suas funções.<sup>38</sup> Tal critério soaria positivo em sentido crítico se fosse possível hierarquizar os bens jurídicos de naturezas diversas. Assim, como expõe o autor, os bens jurídicos referidos ao funcionamento do sistema nunca poderiam ter sua tutela mais incisiva do que aquela empregada na defesa dos bens jurídicos que constituem sua base. De outro lado, a classificação proposta levaria ao afastamento da ideia de que os bens jurídicos se esgotam nas categorias de natureza individualista.

Embora referida concepção traga questionamentos relacionados aos critérios para a análise crítica da legitimidade de intervenção penal nos casos dos denominados bens de controle, bastante assemelhados às funções, parece que entre o modelo de um direito penal funcionalista na linha normativista sistêmica e o modelo jurídico-penal liberal pessoal, é possível a adoção de uma alternativa intermediária.

Em primeiro lugar, é necessário admitir que em geral qualquer função, entendida como relação variável, pode ser em última análise vinculada, ainda que de forma retórica, a um interesse referido à pessoa, a título de antecipação de tutela. Com efeito, e justamente diante da necessária submissão do Estado aos interesses dos indivíduos que o compõem, qualquer função administrativa de controle visa, em última instância, aos interesses dos cidadãos. A partir dessa pretensa vinculação, não se poderia afirmar mais que delitos que tutelam funções não estão a tutelar também, indireta ou antecipadamente, bens jurídicos. Sob esse enfoque, a teoria pessoal do bem jurídico passa de critério negativo de criminalização a critério positivo de justificação de tipos penais, conforme já se pode observar em diversos dispositivos legais relacionados à ordem econômica.

É justamente essa uma das grandes dificuldades enfrentadas pela teoria pessoal do bem jurídico, que sofre críticas por pretensamente não representar um critério efetivo para o exame da legitimidade do Direito Penal. Nessa linha, a concepção pessoal de bem jurídico acaba, por sua própria natureza, permitindo que qualquer

37. Cf. TERRADILLOS Basoco, Juan. *Derecho penal de la empresa...* cit., p. 47.

38. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos colectivos...* cit., p. 150 e ss.

interesse ou relação, ainda que instrumental, possa ser retoricamente vinculado ao indivíduo e, assim, possa ser merecedor de tutela penal, principalmente em se tratando de matéria supraindividual; o que conduziria o bem jurídico a um caráter meramente ideológico.

Na verdade, no âmbito da impossibilidade de tutela penal de funções, o critério de correção aplicável parece não advir da teoria do bem jurídico por si mesma, mas sim de sua relação com os princípios da ofensividade e da intervenção penal mínima. A necessária ofensividade a um bem jurídico condiciona, conforme já verificado, toda justificação utilitária do Direito Penal como instrumento de tutela, constituindo seu principal limite externo. A partir do reconhecimento de que determinado interesse constitui um bem jurídico, é de se proceder a um juízo de valor sobre a justificação de sua tutela por meio do instrumento mais extremo, que é a pena. Inversamente, um determinado interesse somente deve ser considerado bem jurídico penal quando sua tutela esteja justificada nesse âmbito.

Referido princípio da ofensividade obriga, assim, ao legislador a evitar a criminalização de injustos meramente formais e ao intérprete a construção teórica de cada tipo penal integrado à concreta afetação do bem jurídico. Dessa forma, as funções administrativas do Estado na esfera econômica continuam a não poder ser objeto de proteção penal, em razão de sua violação não implicar ofensa efetiva aos interesses pessoais a elas indireta e eventualmente relacionados.

Conclui-se, então, que ainda que o pretense abalar conceitual da teoria do bem jurídico seja especialmente sentido quando se identifica a perda de referencial quanto à danosidade social de determinadas condutas em favor de um simples asseguramento de aparentes funções estatais,<sup>39</sup> parece inexorável concluir desde já pela manutenção da necessidade de verificação antecipada do bem jurídico para uma possível criminalização, aliada à análise da observância dos princípios fundamentais de ofensividade e da intervenção mínima, sendo inaceitável o caminho inverso, isto é, a simples tutela de funções por meio do recurso retórico de sua vinculação indireta a interesses pessoais.

Perfaz-se, assim, uma primeira alteração metodológica na análise de legitimidade do Direito Penal Econômico. A questão político-criminal fundamental não reside mais em saber qual é o bem jurídico tutelado por determinada norma – o que traduz um tecnicismo jurídico intolerável –, mas, antes mesmo do âmbito jurídico positivado, em verificar se determinado interesse social de natureza econômica, referido em última análise ao livre desenvolvimento dos indivíduos, está a necessitar do âmbito jurídico-penal para sua proteção.

39. Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 13.

#### 4. A ordem econômica entre o Direito Administrativo e o Direito Penal

A evolução histórica do Direito Penal revela um permanente contraste entre tendências expansivas e restritivas no estabelecimento de seus limites. Tal tensão não raras vezes parece pender à extensão da intervenção penal, principalmente por meio de sua antecipação. Nesse sentido, o reconhecimento de bens jurídicos supraindividuais revela-se uma das técnicas mais profícuas, relacionando-se com a proteção preventiva de bens jurídicos individuais, fundamentalmente mediante a tipificação de crimes de perigo.

No âmbito dos crimes de perigo, defende-se com frequência, na atualidade, a conveniência da adoção do princípio da precaução,<sup>40</sup> como forma de gestão penal dos riscos sociais. Assim, na mesma linha proposta em 1996 por Urs Kindhäuser, sustenta-se que para a segurança de certos âmbitos da vida social, expostos a grandes perigos não controláveis, devem proibir-se determinadas ações até que seja demonstrado seu caráter inofensivo.<sup>41</sup>

Com isso, o delito perde sua visibilidade material e a intervenção penal deixa de representar uma resposta a ações concretamente ofensivas para constituir um instrumento de proteção colateral do Direito Administrativo. Verifica-se, assim, a transferência do Direito Penal ao âmbito do ilícito administrativo, convertendo a punição de delitos em um mero guia de condutas.

A utilização do Direito Penal cada vez mais como garantia do Direito Administrativo provoca, então, uma confusão entre os dois âmbitos de tutela. Nessa linha, é comum que a delimitação dos riscos socialmente relevantes seja realizada pelas próprias normas administrativas – de mais fácil manejo –, cabendo ao Direito Penal um caráter acessório a garantir, por meio da pena, os limites de tais riscos.<sup>42</sup> De outra parte, opositores de tal administrativização pregam que vários dos problemas atualmente pertencentes à esfera penal deveriam ser tutelados pelo Direito Administrativo, até em razão da maior eficácia deste último. Tal discussão é potencializada na esfera econômica, por conta da frequente necessidade de remissão da norma penal ao ordenamento administrativo.

40. Sobre o desenvolvimento e conteúdo do princípio da precaução, v. ROMEO CASABONA, Carlos Maria. El 'principio de precaución' en derecho penal. *Iter Criminis*, 2004, p. 257 e ss.

41. Cf. KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. Claudia López Díaz. Santa Fé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 83.

42. Nesse contexto, criam-se os denominados delitos de transgressão, materializados normativamente, como lesões de dever desprovidas do referente material do bem jurídico. Cf. SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social: investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Trad. Julio E.S. Virgolini. Buenos Aires: Ábaco, 1998, p. 71.

Na verdade, a questão dialética entre Direito Penal e Direito Administrativo não pode ser tratada sob o enfoque de uma mera troca de etiquetas, como se fosse possível ora identificar um comportamento como pertencente à órbita administrativa, ora à órbita penal, por razões de política legislativa. Ambos os subsistemas jurídicos possuem conteúdo e consequências diversos, devendo ser, por isso, respeitados nos âmbitos correspondentes. Assim, há que se estabelecer o limite para a passagem do controle de um dado comportamento pelo Direito Administrativo à tutela por meio do Direito Penal.

De outro lado, também a conversão em sentido contrário, ou seja, a passagem de ilícitos penais a ilícitos administrativos, a despeito de revelar um aparente benefício ao agente, que sai do âmbito estigmatizante das penas, é apta a conduzir ao aumento da arbitrariedade e à absolutização do controle por parte do Estado, haja vista que, nessa esfera, reduzem-se sensivelmente as garantias individuais. Nesse sentido, o Direito Administrativo sancionador pode, se mal elaborado e interpretado, constituir um Direito repressivo autoritário.

Observa-se, portanto, ser fundamental o estabelecimento de critérios para a distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, a fim de permitir o exame da legitimidade da intervenção estatal em ambos os âmbitos jurídicos – fundamentalmente na esfera criminal. E tais critérios não podem ser fixados com base na diferenciação entre os fatos em relação aos quais se devem aplicar garantias e os que não necessitam de tantas – o que se revela inadmissível –, e sim a partir da contraposição entre o que pertence aos objetos de atuação administrativa e o que requer a intervenção penal. Dessa forma, lança-se mão de forma racional da pluralidade de mecanismos sancionatórios de que dispõe o Estado, de modo a poder-se afirmar uma autêntica articulação entre eles.

Estabelecer a fronteira entre a sanção administrativa e a sanção penal, e, assim, entre o ilícito administrativo e o ilícito penal sempre foi considerado um dos maiores desafios no estudo de ambos os subsistemas jurídicos,<sup>43</sup> havendo nesse campo amplas zonas cinzentas, a despeito das inúmeras concepções teóricas voltadas à determinação dos limites correspondentes a cada área.

A primeira tentativa de diferenciação material entre o ilícito administrativo e o ilícito penal advém da teoria do Direito Penal de Polícia, contraposto ao Direito Penal Criminal, formulada por Feuerbach sob o enfoque do jusnaturalismo racionalista. Conforme o autor, enquanto o ilícito penal lesiona um direito do Estado ou dos

43. Nesse sentido, Francisco Muñoz Conde chega a qualificar a diferenciação entre o ilícito administrativo e o ilícito penal como “*problema insoluble*”. MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 64.

cidadãos, a infração de polícia (*Polizeivergehen*) não implica uma lesão, representando apenas um perigo ao ordenamento jurídico e à segurança, na medida em que se identifica com a violação do direito à obediência do Estado.<sup>44</sup>

A partir da ideia de Feuerbach, tem-se posteriormente a concepção de James Goldschmidt sobre a distinção entre ilícito administrativo e ilícito penal. Goldschmidt parte das diferenças fundamentais entre o ser humano e a entidade estatal para afirmar que enquanto a administração se vincula ao bem público, o direito volta-se ao indivíduo. Dessa forma, o ilícito penal relaciona-se à lesão individual, isto é, à lesão de bens jurídicos. O ilícito administrativo, de outro lado, refere-se à infração do dever de colaboração que possui o indivíduo, agora entendido no sentido de membro social.<sup>45</sup> Para Goldschmidt, o Direito Administrativo, ao contrário do Direito Penal, não protege a ordem pública como bem jurídico, mas sim como objeto de atenção ou de cuidado da Administração. Justamente por isso, o ilícito administrativo corresponde a uma ação contrária à administração, entendida como falta de cooperação com a atividade administrativa do Estado, e não uma ação contrária ao Direito que represente ofensa a um interesse juridicamente tutelado.

Sob essa perspectiva, embora as normas penais administrativas e as normas penais de justiça impliquem igualmente limites à vontade, apenas as últimas, como legítimos preceitos penais, expressam uma valoração ética ou uma expressão de convicção, na medida em que materializam uma proibição de causar prejuízo ou de criar risco, de forma a proteger bens jurídicos.<sup>46</sup> Na linha de Goldschmidt, tem-se, então, a distinção clássica entre o ilícito penal do ilícito administrativo a partir de uma perspectiva qualitativa. Assim, enquanto o ilícito penal consistia em uma lesão

44. Cf. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. da 14.<sup>a</sup> edição alemã de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 389-390.

45. Cf. GOLDSCHMIDT, James. Concepto y cometido del derecho penal administrativo. Trad. Jacobo López Barja de Quiroga y León García-Comendador Alonso. In: GOLDSCHMIDT, James (org.). *Derecho, derecho penal y proceso*. t. 1. Problemas fundamentales del derecho. Jacobo López Barja de Quiroga (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 293. O autor trata do conceito de um direito penal administrativo, como disciplina legal nova compreendida pelo direito administrativo, o qual será depois seguido por diversos outros autores, tais como Eric Wolf, Eberhard Schmidt, Vicente Manzini e Sebastián Soler.

46. GOLDSCHMIDT, James. El derecho penal administrativo en relación con la moderna teoría del derecho y del estado. Trad. Jacobo López Barja de Quiroga y León García-Comendador Alonso. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. T. I. Problemas fundamentales del derecho. Jacobo López Barja de Quiroga (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 302. No mesmo sentido, v. HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, 2007, p. 153.

eticamente reprovável de um bem jurídico, o ilícito administrativo correspondia a um ato de desobediência ético-valorativamente neutro.<sup>47</sup>

Em um segundo momento, consolidou-se a concepção segundo a qual a diferença entre o ilícito penal e o ilícito administrativo seria quantitativa, caracterizando-se esse último pelo menor conteúdo de injusto. Nesse sentido, sendo a sanção administrativa de menor gravidade do que a sanção penal, a separação entre um e outro âmbito atenderia apenas a um critério de conveniência ou de oportunidade, conforme o interesse da sociedade e do Estado em um dado momento histórico.<sup>48</sup>

Seguindo esse entendimento, José Cerezo Mir afirma que o limite a ser traçado positivamente pelo legislador entre o ilícito administrativo e o ilícito penal deve fundar-se na gravidade material das infrações e, num segundo momento, em considerações de política criminal, tais como a rapidez e a eficácia da sanção.<sup>49</sup> De forma semelhante, Santiago Mir Puig afirma que é o legislador que decide quais sanções pode confiar ao Direito Administrativo e quais devem ser reservadas ao Direito Penal, a partir do critério da gravidade da sanção.<sup>50</sup>

No mesmo sentido, Tobias Barreto já afirmava ser a aplicação legislativa da pena uma pura questão de política social, resumindo-a na máxima: *impor a pena em todos os casos em que a sociedade não pode passar sem ela*. Referido entendimento traz consigo a ideia de subsidiariedade do Direito Penal e trata da extensão do delito como algo historicamente condicionado.<sup>51</sup>

Nelson Hungria, por sua vez, defende que a separação entre delito e ilícito administrativo atende apenas a critérios de conveniência e oportunidade, variáveis na medida do interesse da sociedade e do Estado, sendo o ilícito administrativo um *minus* em relação ao ilícito penal. Nesse sentido, conforme o autor, a identidade essencial entre o ilícito administrativo e o ilícito penal seria atestada historicamente pelo fato de a maioria dos delitos terem antes já passado pelo estado de ilícito administrativo.<sup>52</sup>

Também Miguel Reale Júnior entende não haver diferença de natureza substancial entre ilícito penal e ilícito administrativo, sendo possível utilizar o princípio

47. Cf. SILVA SÁNCHEZ. *La expansión...*, cit., p. 101.

48. Nesse sentido, v. PAGLIARO, Antônio; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Dos crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 20.

49. Cf. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general*. Tomo I. Introducción. 6. ed. (2.ª reimpressão). Madrid: Tecnos, 2007, p. 55 e ss.

50. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 7. ed. (reimpressão). Barcelona: Reppertor, 2005, p. 50. Em sentido similar, mas mesclando o critério quantitativo com o qualitativo, v. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 72.

51. Cf. BARRETO, Tobias. *Estudios de direito*. Salvador: Aguilar & Souza, 1951, p. 231.

52. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, v. I, p. 211-214.

da ofensividade também em relação ao ilícito administrativo. Para tanto, valer-se-ia o legislador do bem jurídico para definir condutas a serem reprimidas seja pelo Direito Penal, seja pelo Direito Administrativo, conforme suas características e a maior eficácia de cada um desses instrumentos formais de controle. A escolha legislativa, fundada na conveniência política de um ou outro caminho, trata-se, para o referido autor, de um problema de eficácia social, e não de uma questão de diversidade axiológica.<sup>53</sup>

Tais concepções parecem merecer nova interpretação, na medida em que a diferença fundamental entre o ilícito administrativo e o ilícito penal não tem caráter político, e sim normativo. Dessa forma, a despeito das infrações administrativas poderem violar interesses valiosos da comunidade, tais interesses são carentes de concreção axiológica, tal como a possuem os bens jurídicos.<sup>54</sup> E justamente em razão da equivocada distinção entre ilícito administrativo e ilícito penal verifica-se a disfuncionalidade acarretada pela administrativização do sistema penal, protegendo-se criminalmente preceitos administrativos que não dizem respeito a bens jurídicos legítimos.

Na realidade, antes que se possa estabelecer qualquer critério quantitativo, qualitativo ou político diferenciador, a distinção fundamental entre o delito e o ilícito administrativo reside em um critério teleológico, isto é, nas diferentes finalidades perseguidas pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo.

Assim, enquanto o Direito Penal busca a proteção de bens determinados em casos concretos e segue, para tanto, os critérios de ofensividade e de culpabilidade, o Direito Administrativo visa a ordenar, de modo geral, determinados setores de atividade, reforçando, por meio de sanções regidas pelo critério de oportunidade, determinado modelo de gestão. Por isso, o Direito Administrativo não necessita atingir condutas específicas que impliquem ofensa a bens jurídicos, bastando que o

53. O autor trata das semelhanças e diferenças entre crime e infração administrativa para concluir criticamente pela identidade das sanções impostas em matéria de abuso de poder econômico, que apenas encontrariam pequena distinção em relação ao significado moral da reprovação penal. REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 07, n. 28, out.-dez. 1999, p. 122-124. O autor admite, porém, ao tratar do fenômeno da administrativização do Direito Penal, que a intervenção penal acaba por assumir mais o objetivo de organizar do que de proteger, desviando-se, portanto de sua função. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 21.

54. No mesmo sentido, v. TORIO LÓPEZ, Angel. *Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)*. Estudios sobre la constitución española. Homenaje a Eduardo García de Enterría. Madrid: Civitas, 1991, v. III, p. 2539-2542.

gênero de condutas represente, estatisticamente, um perigo, ainda que futuro, para a ordenação de um determinado setor de atividade.<sup>55</sup>

É bem verdade que, em alguns casos, pode-se verificar a efetiva existência de bens jurídicos supraindividuais cuja tutela transita em ambos os subsistemas jurídicos.<sup>56</sup> Nessas hipóteses, a decisão sobre sua sanção como um ilícito administrativo ou um ilícito penal traduz-se em uma questão de política criminal, agora sim num contexto quantitativo, respeitados, antes de tudo, os princípios penais fundamentais, tais como o da intervenção mínima, o da ofensividade e o da proporcionalidade. É importante ressaltar, de todo modo, que a possibilidade da adoção de tal critério quantitativo, nesses casos, apenas passa a ser justificada em razão de já se estar diante de bens jurídicos com dignidade penal.

Em qualquer caso, será justamente a partir do estabelecimento da fronteira entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, que se fará possível a análise crítica da legitimidade da intervenção estatal no segundo caso, fundamentalmente nas hipóteses de antecipação da tutela jurídico-penal.

Nessa linha, despertam especial atenção os denominados danos cumulativos, frequentemente invocados, na esfera econômica, para justificar a intervenção penal independentemente da efetiva constatação de ofensividade da conduta do agente. A partir do estabelecimento da diferenciação teleológica entre ilícito administrativo e ilícito penal, parece corresponder à primeira categoria o caso da cumulatividade, podendo-se justificar o seu devido controle administrativo, sem levar em conta a noção de ofensividade, para o fim de prevenir situações de perigo ou dano futuro a bens jurídicos.

A diferenciação teleológica entre o ilícito administrativo e o ilícito penal evidencia-se, portanto, como a segunda exigência de revisão metodológica do Direito Penal e, para o que nos interessa, do Direito Penal Econômico, de forma a, ao lado do próprio reexame do rendimento do bem jurídico como critério de legitimidade, conferir elementos que permitam valorar materialmente os limites da intervenção penal na esfera econômica.

55. Nesse sentido, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión...* cit., p. 102-107. Na mesma linha, v. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, n. 01, 2000, p. 149.

56. Nessas hipóteses, discute-se sobre a possibilidade de imposição de duas sanções a um mesmo comportamento. Cf., dentre outros, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción al derecho penal...* cit., p. 66; e REALE JÚNIOR, Miguel. *Despenalização no direito penal econômico...* cit.

## 5. Em busca da racionalidade da intervenção penal na esfera econômica

O sistema penal econômico não necessita de novos critérios político-criminais e dogmáticos para sua justificação e aplicação, até porque tais critérios são sempre acompanhados de reivindicações de caráter punitivista. A tutela de bens jurídicos próprios do Direito Penal Econômico pode, assim, ser conferida nos limites de um modelo de intervenção democrático, ainda dentro do denominado Direito Penal “clássico” ou tradicional.

O desafio atual no âmbito da tutela penal da ordem econômica não há que se identificar, portanto, com tentativas de elaboração de uma nova dogmática que legitime a expansão verificada concretamente, mas sim com a valoração da efetiva importância dos bens jurídicos afetados pela delinquência econômica, bem como dos comportamentos aptos a ofendê-los, de modo a dirigir os mecanismos penais já conhecidos e consagrados no âmbito do Estado Democrático de Direito na busca de respostas efetivas às novas realidades. O estabelecimento de tal estratégia político-criminal deverá ser regido, portanto, pelas peculiaridades das modalidades das condutas delitivas praticadas, sem que tais peculiaridades ensejem uma resposta penal excepcional.

A partir da aceitação do bem jurídico como referencial negativo de legitimidade da intervenção penal, a primeira dificuldade no tratamento das questões relacionadas à ordem econômica relaciona-se à identificação de autênticos interesses sociais fundamentais dignos de proteção, potencializando-se as discussões nesse sentido a partir de uma resistência liberal que entende a criminalidade econômica como mera criação artificial do legislador. É necessário, assim, antes de mais nada, avançar para um consenso sobre a distinção de interesses sociais efetivamente relevantes nessa esfera. Isso porque, se historicamente o conceito de bem jurídico se desenvolveu no sentido de excluir a tutela penal de valores morais, na atualidade o debate projeta-se já sob novas perspectivas, envolvendo maior complexidade, característica do crescente desenvolvimento econômico e tecnológico. Justamente por isso, a discussão soa um tanto confusa, a começar da própria terminologia utilizada para designar os interesses supraindividuais expostos a perigo ou a lesão, aludindo-se de modo mais ou menos semelhante a bens coletivos, supraindividuais, institucionais, difusos, dentre tantas outras denominações que possuem, porém, em comum uma referência social que não deixa de ver em última análise a própria proteção individual.<sup>57</sup>

Não parece possível, então, negar a necessidade de tutela penal de interesses supraindividuais, ignorando a evolução social. O que se exige, na verdade, é uma valoração

---

57. No mesmo sentido, v. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Concepto y método del derecho penal económico*. In: SERRANO-PIEDecasas, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (orgs.). *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Madrid: Colex, 2008, p. 25 e ss.

de cada caso para determinar se realmente se está diante de um bem jurídico dotado de conteúdo material que justifique a intervenção penal.<sup>58</sup> Essa valoração somente se revela produtiva quando realizada anteriormente à positivação pelo Direito, pois quando se está diante de uma norma penal incriminadora, já não se trata de analisar criticamente a legitimidade da intervenção penal, mas sim, sob o ponto de vista pragmático, de buscar uma justificativa para sua permanência do ordenamento jurídico (o que não se revela especial dificuldade, a partir do recurso retórico à teoria pessoal do bem jurídico).

De outro lado, embora a afirmação de que o Direito Penal constitua a *ultima ratio* no âmbito dos instrumentos de que dispõe o legislador para a tutela de determinadas situações esteja presente em todos os manuais, seu significado permanece frequentemente obscuro, fundamentalmente quando se trata da esfera penal econômica. Ressurge, nesse passo, a importância da diferenciação entre Direito Penal e Direito Administrativo, como critério de correção. Com efeito, é frequente o raciocínio superficial conforme o qual, sendo o Direito Administrativo não raras vezes insuficiente para a tutela eficaz de determinadas situações, deve-se enviar a matéria ao âmbito jurídico-penal. Tal interpretação do princípio de intervenção penal mínima revela-se, em verdade, equivocada, na medida em que acaba sempre justificando a intervenção penal, haja vista que o Direito Administrativo, assim como qualquer ramo do Direito, dificilmente consegue atingir consequências positivas de modo absoluto na realidade. Nesse sentido, basta ver, aliás, que o próprio Direito Penal nunca foi apto a conferir proteção absoluta e efetiva aos bens jurídicos que busca tutelar, o que não seria mesmo possível, já que a existência de comportamentos criminosos constitui parte de qualquer sociedade saudável.

A fim de evitar a aplicação incorreta e antidemocrática do princípio da intervenção penal mínima, deve-se, então, tomar em conta, além de um juízo de utilidade e imprescindibilidade do Direito Penal, também a ideia de sua função de proteção de bens jurídicos, a diferenciá-lo do Direito Administrativo. Sob esse aspecto, já não se trata propriamente do conceito de bem jurídico, mas, sim, de sua relação com a ofensividade, a justificar a intervenção penal apenas nos casos em que se puder verificá-la na previsão normativa incriminadora.<sup>59</sup>

Nesse âmbito, surge novamente a importância da diferenciação entre ilícito administrativo e ilícito penal, a partir das diversas funções dos dois setores jurídicos,

58. Cf. MATA BARRANCO, Norberto J. de la; MATA BARRANCO, Ignacio de la. La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual. *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons, 2004. t. I, p. 485-486.

59. Nesse sentido, afirmando a necessidade da verificação de um *bem afetado*, em lugar do mero *bem tutelado*, v. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Antropos, 2005, p. 292-293.

para efeito da consideração concreta do princípio da intervenção penal mínima. Dessa forma, evita-se a confusão da subsidiariedade com uma diferenciação meramente quantitativa entre delito e ilícito administrativo, aplicando-se tal princípio como filtro de legitimidade do sistema penal apenas nos casos em que já se esteja diante de um bem jurídico-penal, mas que talvez possa ser tutelado por outro instrumento de controle social.

Em síntese, somente é possível afirmar a intervenção penal mínima a partir de sua contextualização no âmbito do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o referencial obrigatório de tal princípio será o bem jurídico, evitando-se um raciocínio pragmático superficial que, por meio da pretensão de maior eficácia do controle de determinadas situações, lance mão da intervenção penal em quaisquer hipóteses. Com efeito, num contexto democrático não caberia mesmo ao Direito Penal Econômico buscar a máxima eficácia possível, mas, tão somente, a mínima prevenção imprescindível, deixando aos outros instrumentos de controle social a disciplina da ordem econômica.

## 6. Conclusão

Nem todo bem, interesse ou valor estabelecido na Constituição pode ser considerado um bem jurídico com dignidade penal. De outro lado, nem todo bem jurídico necessita de tutela penal, bastando muitas vezes a proteção por outros ramos do Direito. Dessa lógica não escapa nem mesmo a disciplina da ordem econômica. Constitui, então, um equívoco pretender fazer derivar do reconhecimento de valores e interesses expressos no texto constitucional a obrigação do legislador de promover-lhes a tutela penal. Num contexto democrático e pluralista, a força normativa da Constituição em relação ao Direito Penal deve voltar-se à sua limitação, em sentido negativo, e não à sua fundamentação, sob a forma de determinação.

Consequentemente, estabelecida a função do Direito Penal como instrumento subsidiário de tutela de bens jurídicos e o conteúdo material do delito como ofensa a um bem jurídico, as situações sobre as quais a intervenção penal se justifica não devem ser livremente estabelecidas pelo legislador, constituindo o bem jurídico e o princípio da ofensividade as molduras mínimas das decisões político-criminais. Dessa forma, evita-se a interferência estatal em condutas vinculadas a concepções carentes de relevância penal.

Partindo-se do pressuposto de que o Direito Penal se vincula à sociedade, à qual deve servir e da qual retira seu sentido, o bem jurídico há de ser compreendido no âmbito da realidade social, devendo ser logicamente anterior à lei que o tutela, para que logre limitar negativamente o poder punitivo estatal. Essa função limitadora constitui, ao mesmo tempo, também uma função crítica, na medida em que se

submete o sistema penal à constante revisão, por meio dos processos de criminalização e de descriminalização derivados das transformações sociais. A partir do critério do bem jurídico, logra-se estabelecer a ofensividade a embasar a proibição penal de determinado comportamento, bem como a própria permanência desse ilícito no âmbito penal, e não na órbita do Direito Administrativo.

Esses antigos pressupostos penais modernos nunca deixaram de estar presentes, embora muitas tenham sido as tentativas de legitimação de sistemas formais e autoritários, numa linha pré-iluminista. Justamente por isso, e já em pleno século XXI, não parece mais possível pretender um retrocesso teórico que implique o abandono dos próprios referenciais do Direito Penal, ainda que sob o pretexto de responder mais eficazmente a realidades particularmente complexas, como é o caso da esfera econômica.

Aliás, a pretensão de alteração das bases fundamentais da intervenção penal, com o fim de atingimento de maior prevenção geral positiva, leva justamente ao efeito inverso, vale dizer, a uma mais profunda crise de legitimidade, já que converte o Direito Penal em mero instrumento de política com função simbólica, o que não raras vezes se verifica em matéria penal econômica. Assegurar o futuro mediante o Direito Penal deve ter como pressuposto lógico que os riscos submetidos a controle procedam de comportamentos que possam ser racionalmente proibidos.

## 7. Referências bibliográficas

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los daños cumulativos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 04-08, 2002. Disponível em [[http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-08.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html)], p. 08.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Salvador: Aguilar & Souza, 1951.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Derechos humanos y derecho penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, XI. Santiago de Compostela, 1987.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos: repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932. Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asúa. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. n. 11 (monográfica), 1986, p. 160-161.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, n. 01, 2000, p. 149.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general*. Introducción. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2007. t. 1.
- DIAS, Jorge de Figueiredo Dias; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. da 14.ª edição alemã de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- GOLDSCHMIDT, James. Concepto y cometido del derecho penal administrativo. Trad. Jacobo López Barja de Quiroga y León García-Comendador Alonso. In: GOLDSCHMIDT, James (org.). *Derecho, derecho penal y proceso. Problemas fundamentales del derecho*. Jacobo López Barja de Quiroga (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2010. t. 1.
- HASSEMER, Winfried. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (coords. da versão alemã). MUÑOZ CONDE, Francisco (coord. da versão espanhola). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- \_\_\_\_\_. Il bene giurídico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici. *Dei delitti e delle pene*. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. Ano II, N. 01, gennaio-aprile 1984.
- \_\_\_\_\_. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, v. 12, fasc. 45/48, 1989. p. 276.
- HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, 2007.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, v. I.
- KAYBER, Marijon. Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal. Competencias penales en la cuestión del aborto. Trad. Ramon Ragués i Vallès. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.
- KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. Claudia López Díaz. Santa Fé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- MATA BARRANCO, Norberto J. de la; MATA BARRANCO, Ignacio de la. La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual. In *Dogmática y ley penal*. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2004. t. I.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, 1993.
- MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal. In: CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; ORTS BERENGUER, E. (dir.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. t. II.
- MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (org.). *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro en homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José Maria Bosch, 1992, p. 122 e ss.
- MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.
- MUSCO, Enzo. El nuevo derecho penal económico entre poder legislativo y poder ejecutivo. In: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coords.). *Temas de derecho penal económico*. III encuentro hispano-italiano de derecho penal económico. Madrid: Trotta, 2004.

- PADOVANI, Tulio. La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni. *Dei Delitti e delle Pene*. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. Ano II, n. 01, gennaio-aprile 1984, p. 119 e ss.
- PAGLIARO, Antônio; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Dos crimes contra a administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. *Derecho Penal y Criminología*. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, vol. XIII, n. 43, enero-abril 1991. p. 737 e ss.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 07, n. 28, out.-dez. 1999, p. 122-124.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito penal*. Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y sistema penal*. Viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Antropos, 2005.
- ROMEO CASABONA, Carlos Maria. El 'principio de precaución' en derecho penal. *Iter Criminis*, 2004, p. 257 e ss.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Problemas actuales de dogmática penal*. Trad. Manuel Abanto Vasquez. Lima: Ara Editores, 2004.
- SANCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.
- SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social: investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Trad. Julio E.S. Virgolini. Buenos Aires: Ábaco, 1998.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 20.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Concepto y método del derecho penal económico. In: SERRANO-PIEDecasas, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (orgs.). *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Madrid: Colex, 2008.
- TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. 2. ed. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.
- TORIO LÓPEZ, Angel. *Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)*. Estudios sobre la constitución española. Homenaje a Eduardo García de Enterría. Madrid: Civitas, 1991, v. III.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. (reimpr.). Buenos Aires: Ediar, 2008.

## 1. Introdução

Neste artigo, gostaria-se algumas provocações sobre a interpretação das fontes normativas do Direito Penal Econômico. O relevo do tema está no fato de que,