

GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA E SILVA

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O DIREITO PENAL ECONÔMICO:
análise sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito**

**Belo Horizonte
Faculdade de Direito da UFMG
2011**

GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA E SILVA

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O DIREITO PENAL ECONÔMICO:
análise sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito e Justiça

Orientador: Professor Doutor Luís Augusto Sanzo Brodt

Belo Horizonte
Faculdade de Direito da UFMG
2011

S725 p SOUZA E SILVA, Gustavo Henrique
O princípio da legalidade e o direito penal econômico: análise sob a perspectiva do estado democrático de direito/Gustavo Henrique Souza e Silva. – 2011.

200 f., enc.

Orientador: Prof. Dr. Luis Augusto Sanzo Brodt.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 173-200

1. Princípio da legalidade. 2. Direito penal econômico. 3. Estado democrático de direito. 4. Direito penal mínimo e garantista. I. Brodt, Luis Augusto Sanzo. II. Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.359(043)
343.2

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Dissertação intitulada **O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O DIREITO PENAL ECONÔMICO: análise sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito**, de autoria do mestrando *Gustavo Henrique de Souza e Silva*, avaliada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt – Orientador

Prof. Dr.....

Prof. Dr.

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2011.

À Bilu e ao Pedro

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Anna Maria de Souza e Silva e José Anchieta da Silva, por terem construído o sólido alicerce de minha formação.

Ao meu irmão, colega e sócio, Max Roberto de Souza e Silva, pelo apoio e por dividir comigo os anseios de mestrando.

À minha esposa Fabrina Sana Rezende e Silva, pelo carinho e compreensão incondicionais diante das várias ausências.

Ao meu filho Pedro Rezende e Silva, cuja chegada consolidou a certeza de que qualquer caminho que prescindia do ser humano como ponto central não faz sentido.

Aos colegas dos escritórios com os quais tive a oportunidade de estagiar, especialmente os do Ariosvaldo de Campos Pires, onde, em companhia do parceiro José Arthur di Spirito Kalil, tive despertado o interesse pelo direito penal.

À equipe JASA, por meio da qual, no exercício da advocacia de trincheira, nasceu a inspiração para a defesa de várias das posições adotadas.

Às meninas do Arquivo, Miriam Verônica Dias e Paloma Leles de Moura, pela ajuda sempre pronta e eficiente, e à professora Tucha, pela cuidadosa e diligente revisão do texto.

Aos colegas pós-graduandos, em especial à Renata Rodrigues de Pádua, pela incessante troca de livros, experiências e impressões, essenciais para a consolidação de algumas convicções e revisão de outras.

Aos amigos, em especial ao Felipe Martins Pinto, pelo incentivo constante, desde a elaboração do projeto desta dissertação.

Aos professores com os quais tive a oportunidade ímpar de aprender, em especial ao meu orientador Doutor Luís Augusto Sanzo Brodt, cuja postura exigente demonstrou a sua dedicação para com este trabalho, bem como sua aptidão à carreira do magistério jurídico.

RESUMO

O princípio da legalidade é a pedra angular da concepção do modelo de Estado Democrático de Direito. É por meio de suas concepções materiais e formais que o modelo adotado pela Constituição submete a autoridade estatal aos preceitos e garantias individuais, com o objetivo de promover a dignidade humana, evitar a arbitrariedade dos detentores do poder e constituir uma sociedade livre e justa. Em razão disso, a política criminal consagrada pelo texto constitucional é a de um direito penal mínimo que requer, para sua legitimação, a descrição de condutas lesivas ou concretamente perigosas a bens jurídico-penais compreendidos como valores pré-jurídicos, constitucionalizados, cuja recondução à esfera dos indivíduos, mesmo que coletivamente considerados, se faz necessária. O reconhecimento da legalidade implica, ainda, o respeito às suas funções de lei escrita, afastando a criminalização por costumes; de lei prévia, afastando a retroatividade para prejudicar o réu; de lei estrita, afastando a analogia *in malam partem* e a interpretação extensiva das normas incriminadoras e; de lei certa, impondo ao legislador o dever de editar preceitos legais claros e taxativos. Tais garantias não podem ser relativizadas nem sequer sob o pretexto de uma política criminal supostamente mais eficiente ao combate de uma dita nova criminalidade, caracterizada por bens jurídicos supraindividuais. Assim, também no âmbito do denominado direito penal econômico, não de ser afastadas a edição de tipos penais de perigo abstrato, mera conduta, indeterminados ou qualquer intervenção penal meramente preventiva e simbólica. Os tipos divorciados desses preceitos deverão ser interpretados conforme a lei fundamental ou ter reconhecida sua invalidade por vício constitucional. Reconhecendo a inépcia do direito penal para regular algumas circunstâncias referentes às atividades econômicas, sugerimos modelos alternativos, de modo a permitir a intervenção estatal legítima, sem o sacrifício de direitos e garantias individuais.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Direito penal mínimo. Bem jurídico-penal. Legalidade. Garantismo. Direito penal econômico. Lesividade. Perigo concreto. Taxatividade.

ABSTRACT

The principle of legality is the cornerstone of the entire conception of the model of a democratic state. Through its formal and material conceptions, the model adopted by the Constitution subjects the state authority to the precepts and individual rights to promote human dignity, avoid the arbitrariness of those in power, and build a free and just society. As a result, the criminal policy consecrated by the Constitution is the minimum of a criminal law whose legitimacy requires the description of detrimental or concretely dangerous behaviors to legal property, here understood as those pre-legal, constitutionalized values whose conveyance to the sphere of the individual, even when considered collectively, is necessary. The recognition of legality also implies, in terms of its function in written law, the removal of criminalization of customs set out by the previous law, removing the retroactivity of tort brought to the defendant involving strict law, averting the *in malam partem* analogy, and the broad interpretation of the incriminating norms and stringent law, imposing upon the lawmakers the duty to draft legal, clear, and specific precepts. Such guarantees cannot be relativized, even under the guise of a supposedly more efficient policy on crime to fight an alleged new crime, characterized by supra-individual legal intangibilities. Thus, also within the so-called economic criminal law, the issue of penal types of abstract danger, mere conduct, or indeterminate or any merely preventive or symbolic preventive intervention will be set aside. The separated types of these precepts should be interpreted as the fundamental law or have their invalidity recognized by constitutional habit. Recognizing the ineptitude of criminal law to regulate certain circumstances relating to economic activities, we suggest alternative models that allow legitimate state intervention without sacrificing individual rights and guarantees.

Key words: Democratic State of Law. Minimum criminal law. Legal property. Legality. Guarantee of civil liberties. Economic criminal law. Detrimental conduct. Real danger. Specificity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	12
1.1 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
1.2 DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DIREITO PENAL MÍNIMO.....	18
1.3 O BEM JURÍDICO-PENAL: CONCEITO E TITULARIDADE.....	23
1.3.1 Conceito de bem jurídico-penal: primeiras concepções.....	24
1.3.1.1 <i>Conceito de bem jurídico-penal: concepções positivistas e metodológicas.....</i>	26
1.3.1.2 <i>Conceito de bem jurídico-penal: concepções sociológicas.....</i>	27
1.3.1.3 <i>Conceito de bem jurídico-penal: concepções constitucionalmente orientadas.....</i>	30
1.3.1.4 <i>Conceito de bem jurídico-penal: concepção adotada</i>	35
1.3.2 Bem jurídico-penal: teorias quanto à titularidade	44
1.3.3 Bem jurídico-penal: teorias quanto à titularidade – concepção adotada.....	48
2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	52
2.1 NORMA: PRINCÍPIOS E REGRAS.....	52
2.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: BREVE HISTÓRICO	57
2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: CONCEPÇÃO ATUAL	59
2.4 A LEI ESCRITA.....	65
2.5 A LEI PRÉVIA.....	68
2.6 A LEI ESTRITA	73
2.7 A LEI CERTA.....	85
2.8 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A TIPICIDADE	97

3 O DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	106
3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO DO ESTADO COM A ECONOMIA: DO MODELO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	106
3.2 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL: O SISTEMA E O MODELO ECONÔMICOS ADOTADOS E SEUS PRINCÍPIOS	111
3.3 DIREITO PENAL ECONÔMICO: CONCEITO.....	117
3.3.1 Conceito restrito.....	118
3.3.2 Conceito amplo	120
3.3.3 Conceito criminológico	122
3.3.4 Concepção dos modernos instrumentos econômicos e concepção processual-criminalística	124
3.3.5 Conceito adotado: a ordem econômica brasileira como objeto jurídico do direito penal econômico	125
3.4 AUTONOMIA	128
4 DIREITO PENAL ECONÔMICO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	136
4.1 DIREITO PENAL ECONÔMICO, DELITOS DE PERIGO ABSTRATO E DE MERA CONDUTA	136
4.2 DIREITO PENAL ECONÔMICO E TAXATIVIDADE	149
4.3 MODELOS ALTERNATIVOS DE INTERVENÇÃO	163
CONCLUSÃO.....	169
REFERÊNCIAS.....	173

INTRODUÇÃO

O Estado, como ente abstrato emissor de normas jurídicas, cuja função é solucionar racionalmente os conflitos da vida em sociedade, dispõe de diversos instrumentos para cumprir essa difícil missão, dentre os quais o mais grave, até em razão da sua sanção essencial, é o direito penal.

Talvez isso explique a grande expectativa de eficiência depositada nessa forma de intervenção, tanto por alguns *experts* na matéria quanto pela própria população leiga nas letras jurídicas.

Essa infundada esperança de que a intervenção penal seria remédio para todos os males tem sido o combustível para a tendência moderna de sua expansão, sempre sobre o pretexto de promoção de um ambiente mais seguro.

Sob o prisma político-criminal, tal estratégia teria fundamento na criminalização dos novos riscos, em especial, daqueles surgidos nas atividades econômicas, cada vez mais complexas e globalizadas.

Os adeptos dessa supervalorização da intervenção penal chegam a sustentar que, diante dessas novas relações legitimadoras do direito penal, notadamente com o surgimento de interesses supraindividuais, seria necessário relativizar os princípios e garantias fundamentais do direito penal secularizado. Defendem, ainda, uma função eminentemente preventiva ao direito penal.

Diante desse fenômeno, cuja atualidade e importância são inegáveis, decidimos dedicar nossa pesquisa à relação dos delitos econômicos com o postulado mais fundamental ao direito penal nos Estados modernos, qual seja, o princípio da legalidade.

No primeiro capítulo, demonstramos que análise da regulação jurídica, especialmente mediante a intervenção penal, deve partir, necessariamente, do modelo de Estado adotado pela norma fundamental.

Assim, tendo nossa Constituição, na qualidade de pacto social, optado por uma estrutura de Estado Democrático de Direito, partimos da premissa de que foi endossada uma política criminal de direito penal mínimo, com fundamento dogmático-filosófico na teoria do garantismo.

Nesse contexto, a legitimação material da intervenção penal somente ocorrerá caso a conduta descrita pelo legislador afete – ou ponha em risco real de afetação – um valor juridicamente reconhecido, no próprio texto constitucional, como essencial à criação de um ambiente capaz de permitir aos cidadãos, mesmo que coletivamente considerados, o maior gozo possível de suas liberdades individuais.

O legislador penal, está adstrito à criminalização de condutas lesivas, ou concretamente perigosas, a bens jurídico-penais, portanto, resta mitigada, a função preventiva do direito penal.

A política preventiva no Estado Democrático de Direito prioriza a atuação do ente estatal sobre sua intervenção e, dentre as várias modalidades desta, a cível sobre a penal.

Já no capítulo segundo, nosso objetivo foi demonstrar que a concepção de Estado de Direito tem como fundamento principal o princípio da legalidade.

Ressaltamos que a legalidade, em sua concepção moderna, além de garantia formal de reserva legal, em seu viés material, vincula o próprio legislador. Consiste em postulado metajurídico de garantia de uma política criminal liberal, reafirmando, de forma inderrogável, todas as garantias individuais previstas no texto constitucional.

O princípio da legalidade submete o próprio Estado às normas por ele criadas, ou seja, coloca-o no mesmo plano dos indivíduos quanto à necessidade de respeito ao ordenamento jurídico.

Dessa forma, restam vedadas a incriminação por costumes, a retroatividade da lei, salvo a mais benéfica ao réu, a aplicação da analogia *in malam partem*, a interpretação extensiva para incriminar, bem como fica imposto o dever de redação clara e determinada dos tipos penais, inclusive e principalmente, quanto à necessidade de afetação a um bem jurídico digno da intervenção penal.

Nesse ponto, não obstante a nítida intenção dogmática deste estudo, nossos esforços foram no sentido de, mesmo afastando o dogma de que o texto jurídico seria imune às imprecisões, adaptar o instituto da taxatividade ao contexto moderno da filosofia da linguagem.

Nossa sugestão é promover critérios renovados para preservar a função de garantia de um tipo penal o mais claro e determinado possível, sendo certo que,

quando ultrapassados os limites razoáveis de indeterminação, a solução será prescindir da intervenção penal.

Ato contínuo, no capítulo terceiro, após a exposição das principais correntes quanto ao conceito de direito penal econômico, analisamos se é possível cogitar da intervenção penal no âmbito econômico, sempre considerando as políticas, econômica e criminal, consagradas na Constituição.

Sendo positiva a resposta, refletimos, ainda, se tal intervenção dispõe de autonomia científico-dogmática quanto ao direito penal comum, adotando a posição de que o direito penal econômico deve respeito absoluto aos princípios constitucionais, notadamente ao princípio da legalidade.

Por fim, no capítulo quarto, confrontamos as necessidades impostas pelas premissas da legalidade com a realidade da regulação penal das atividades econômicas.

Exemplificamos, com a menção de alguns tipos econômicos existentes na legislação brasileira, algumas das dificuldades de conciliação dos preceitos da legalidade à intervenção penal no âmbito econômico, principalmente no que tange aos delitos de perigo abstrato, de mera conduta e aos tipos carentes de taxatividade.

Expusemos, ainda, modelos alternativos de intervenção estatal, cuja função é a substituição da intervenção penal, sempre que não for possível sua adequação ao contexto constitucional, mediante o estrito respeito ao seu sistema de garantias.

Em síntese, trata-se de estudo com pretensão dogmática cujo objetivo é demonstrar a essencialidade de resguardar os preceitos da legalidade ao direito penal econômico, sob pena de, ao contrário de promover um ambiente mais harmônico e seguro, se retornar à concepção de Estados totalitários, cuja memória recente não deixa saudades.

1 O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O objetivo principal com este estudo é analisar as funções do princípio da legalidade no âmbito do direito penal econômico. Para discorrer sobre o tema, faz-se necessário, previamente, refletir sobre o significado da adoção do modelo de Estado Democrático de Direito e suas principais implicações quanto à intervenção penal.

O conceito de Estado Soberano foi estabelecido em determinado contexto histórico em que a personificação do poder na figura de uma pessoa (o monarca), implicou a eliminação de guerras, permitindo a estabilidade política e o desenvolvimento de uma vida econômica.¹

A superação das teorias teocráticas, que defendiam a origem divina do poder, teve como marco teórico importante a obra *Leviatã*, do filósofo e político Thomas Hobbes.

Para o autor, somente a razão humana conduzida à celebração do contrato social, com outorga plena (com exceção do direito à vida) dos direitos individuais a um ente abstrato superior, pode evitar a guerra de todos contra todos. Portanto, o indivíduo organiza-se em sociedade para superar o Estado de Natureza.²

Ainda segundo Hobbes, esse poder central, capaz de garantir aos indivíduos um ambiente seguro, não se resume a um acordo de vontades, mas é constituído pela união de todos em uma só pessoa, cujas decisões passam a ser do todo em si e, portanto, não podem ser contestadas.³

¹ SOARES, Mário Lucio Quintão. *Teoria do estado*: introdução, p. 106-107.

² Para Hobbes, quando da instituição do Estado, o povo confere “toda a sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade”. Nesse sentido assevera que a criação do Estado tem por finalidade “sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de mantê-los em respeito, forçando-os, por meio do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis da natureza”. (HOBBS, Thomas *Leviatã*, cap. XVII, p. 15-106, 103)

³ Nessa concepção, o soberano nunca pode ser punido, pois isso equivale ao questionamento de ato ou à punição dos próprios súditos, já que “cada súdito é autor dos atos de seu soberano”. (HOBBS, Thomas. *Leviatã*, segunda parte, cap. XVIII, p. 109). Sob essa ótica o Estado, como ente personificado, está localizado em um plano superior ao dos indivíduos.

Destarte, apesar de inovar quanto à origem do poder soberano, a concepção de Hobbes acaba por manter uma estrutura de Estado Absolutista,⁴ pois se revela insuficiente para atender aos anseios do mundo ocidental moderno que, desde os ideais da Revolução Francesa de 1789, repudia modelos de organização social que possam levar ao autoritarismo.⁵

Justamente por isso, a evolução do conceito caminha para a concepção de um Estado de Direito cuja origem política remonta à ascensão da burguesia contra o Estado Absolutista e o fundamento filosófico remete aos ideais do liberalismo e do iluminismo.

O Estado de Direito⁶ implica a transformação da atividade estatal em atividade jurídica, uma vez que a criação de um ordenamento normativo, com regras e limites preestabelecidos, é que legitima a atuação estatal.⁷

No Estado de Direito, o Estado⁸ como sujeito das relações jurídicas, não pode sobrepor seus interesses aos dos cidadãos, mesmo que considerados

⁴ Também denominado Estado de Polícia, caracterizado pela falta de responsabilidade política, estando o Estado acima das normas que cria.

⁵ A história moderna registra exemplos de modelos autoritários, tais como o nacional socialismo na Alemanha, o fascismo na Itália, o regime socialista em Cuba, além dos governos militares nos países latino-americanos em meados do século XX.

⁶ Ferrajoli leciona que a noção de Estado de Direito exige da atuação estatal uma legitimação tanto formal quanto material, na medida em que está vinculada: "a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo o poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes, delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação aos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária". É certo, ainda, que falta de qualquer desses critérios "é causa de invalidez judicial dos atos, e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores." (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 790)

⁷ Sobre o tema, a lição do professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena: "Fora do direito, o Estado é uma abstração – uma força que simplesmente foge de sua estrutura - pois a organização estatal pressupõe a norma, e esta, a legitimação". (VILHENA, Paulo Henrique Ribeiro de. *Direito público e direito privado: sob o prisma das relações jurídicas*, p. 22)

⁸ O professor Vilhena reflete sobre a distinção entre os conceitos de Estado-ordem-jurídica e Estado-sujeito-de-direito. O Estado-ordem-jurídica não é um sujeito nas relações jurídicas, é a própria norma, é a própria ordem jurídica. Já o Estado-sujeito-de-direito é um dos sujeitos da relação jurídica. Tanto o indivíduo como o Estado-sujeito-de-direito estão subordinados ao Estado-ordem-jurídica, já que no modelo de Estado de Direito todos estão sujeitos à norma. Por outro lado, no Estado de Direito, não há qualquer relação de subordinação entre o indivíduo e o Estado-sujeito-de-direito, pois estes estão, necessariamente, no mesmo plano, como sujeitos da relação jurídica.

coletivamente, até porque sua premissa deve ser o respeito à liberdade do homem tomado como indivíduo.⁹

Essa visão de Estado de Direito encontra sua origem filosófica na reflexão de John Locke.¹⁰ Enquanto Hobbes sustenta que o indivíduo, na transição do Estado da Natureza para a vida em sociedade, aliena total e amplamente seus direitos e liberdades ao Estado, Locke estabelece que não há tal renúncia, uma vez que a instituição do governo soberano tem como objetivo garantir esses direitos e liberdades individuais.

Locke sustenta a criação do ente coletivo justamente para conservar as liberdades existentes no Estado de Natureza,¹¹ corrigindo, apenas, a precariedade quanto ao exercício desses direitos naquela circunstância, em que cada um devia, por si só, lutar pelas suas liberdades.

Na concepção de Locke, os indivíduos mantêm grande parte das suas liberdades individuais outorgando ao poder central apenas aquelas indispensáveis à criação de um ambiente onde haja maior segurança ao gozo desses direitos subjetivos.¹²

Ao criticar o modelo absolutista, Locke sugere que o poder central instituído pelo povo, “regulado por leis feitas pela sociedade”,¹³ vincula até mesmo as próprias autoridades soberanas.

Essa a concepção básica do Estado de Direito, que submete o ente coletivo, no mesmo plano que o indivíduo, à estrutura normativa, que deve regular as relações sociais. Daí a importância do princípio da legalidade.

Nessa linha, o filósofo e jurista italiano Luigi Ferrajoli¹⁴ sustenta que o significado material da expressão Estado de Direito implica o reconhecimento de uma organização social e política caracterizada por três princípios básicos: (i) pela legalidade, uma vez que toda a atividade estatal está subordinada à edição de leis

⁹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*: introdução, p. 189.

¹⁰ Cf. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre os governos*. Tradução Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

¹¹ Enquanto Hobbes sustenta que o Estado da Natureza é o estado de guerra, Locke chega a afirmar que o Estado de Guerra é, justamente, o Estado Absolutista, representado pelo Leviatã. (LOCKE, John. *Segundo tratado sobre os governos*, cap. III, p. 41)

¹² Notadamente a de fazer justiça pelas próprias mãos, que deve ser substituída pela instituição de um modelo organizado para a solução de conflitos. (LOCKE, John. *Segundo tratado sobre os governos*, cap. IX, p. 82-84)

¹³ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre os governos*, cap. IX, p. 83.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, p. 66.

gerais e abstratas vinculadas às garantias fundamentais de liberdade dos indivíduos pelos órgãos político-representativos; (ii) pela publicidade dos atos, já que tanto os atos administrativos, legislativos e judiciais devem ter, em geral, seu conteúdo acessível aos indivíduos; e (iii) pelo controle jurisdicional e político, o primeiro exercido por juízes e o segundo por um parlamento eleito democraticamente, ambos independentes do Poder Executivo.

É fato, portanto, que a noção de Estado de Direito implica o reconhecimento de um modelo tripartido do exercício do poder¹⁵ cujo ponto central de apoio é o princípio da legalidade como elemento de subordinação, tanto material quanto formal, de toda a intervenção estatal à estrutura normativa.

A concepção de Estado de Direito, ao longo da história, passou por diversos estágios de evolução, dentre os quais podemos destacar: (i) o Estado Liberal; (ii) o Estado Social e; por fim, (iii) o Estado Democrático de Direito.

No Estado Liberal, marcado pela concepção democrática no plano político e pelo *laissez-faire* no econômico, há a valorização do princípio da legalidade, das funções dos poderes, das garantias individuais e da propriedade privada. Todavia, essas importantes conquistas não foram suficientes para evitar um exagerado acúmulo de riquezas nas mãos de poucos.¹⁶

A ineficiência desse modelo ocasiona o seu rompimento com a instituição do Estado Social, que visa, justamente, corrigir o individualismo exagerado do sistema liberal, por meio do mecanismo de garantias coletivas.¹⁷

Esse modelo é caracterizado por uma relação de cidadão-cliente do Estado, que pretende assumir diretamente a função de modificador da realidade social, com o objetivo de reduzir as desigualdades promovendo o bem-estar social.

Nessa fase, os direitos e garantias fundamentais superam a ideia de mero direito de defesa do indivíduo ante o Estado e passam a ser um direito de participação do cidadão.

A aplicação prática desse modelo assistencialista acabou por ensejar um sistema burocrático e ineficiente, uma vez que os recursos do Estado se revelaram

¹⁵ Montesquieu assevera que “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”. (MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*, Livro Décimo Primeiro, cap. IV, p. 148)

¹⁶ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*, p. 72-76.

¹⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*, p. 72-76.

insuficientes para atender às exigências da sociedade moderna, social, política e economicamente cada vez mais complexa.¹⁸

A superação desse modelo de Estado Social culmina nas premissas de um Estado Democrático de Direito que não se resume, portanto, à soma dos elementos do Estado Liberal e Social. Ao contrário, tem como objetivo a criação de uma nova estrutura que reconheça e inclua os pontos positivos de cada um dos sistemas anteriores.¹⁹

O Estado Democrático de Direito visa superar a questão da igualdade, não solucionada pelo Estado Social, mediante um conteúdo transformador da realidade por meio do Direito,²⁰ que não pode mais se limitar à edição de ordens gerais e abstratas e deve permitir a criação de um ambiente próprio para a efetiva transformação social.²¹

Nesse modelo, ganham relevância os princípios da constitucionalidade, da organização democrática, os sistemas de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, a questão da justiça social e da igualdade material, sendo renovadas as questões atinentes à divisão de poderes, à legalidade e à segurança e certeza jurídicas.

Essa noção de caráter transformador²² impõe uma valorização da atuação do Estado sobre a sua intervenção.

¹⁸ FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; COSTA, Carla Regina Clark da. *O estado democrático de direito e o processo constitucional*. Disponível em: <<http://www.lagm.org.br/lerpublicacao.php?publicacao=106>> Acesso em: 28 jul. 2010.

¹⁹ Santiago Mir Puig aduz que a noção de Estado Social e Democrático de Direito consiste em uma forma de organização estatal que, além de agregar os elementos dos modelos de Estado Liberal e Social, pretende superá-los. (MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, p. 31-33)

²⁰ Nesse diapasão, pondera Francesco Palazzo que *las modernas constituciones realizan aquella especie de milagro jurídico que es la 'positivación del derecho natural': este fenómeno de positivación del metajurídico, que con frecuencia comienza en los derechos inviolables del hombre tal y como están consolidados en los documentos internacionales, llega a veces hasta delinear expressamente la configuración de los nuevos derechos sociales, en un proceso histórico de larga duración pero de reconocimiento creciente de los valores personalísimos*. (PALAZZO, Francesco. *Estado constitucional de derecho y derecho penal*. *Revista Penal*, p. 50)

²¹ Nesse sentido Santiago Mir Puig leciona que *la fórmula 'Estado social y democrático de Derecho' supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social – a la que no se quiere renunciar – a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real. Se pretende, por esta vía, acoger una modalidad de Estado social – esto es, que tome partido efectivo en la vida social – al servicio de todos los ciudadanos*. (MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, p. 33-34)

²² BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*, p. 26.

Trata-se de um modelo que exige do ente coletivo o atuar proativamente no que tange à promoção de um ambiente de desenvolvimento pessoal,²³ para que, somente em segundo plano, seja legitimada a intervenção na esfera de liberdades dos cidadãos, mediante a imposição de sanções.

Esse o modelo adotado pela Carta magna brasileira que, diante da sua natureza de pacto social,²⁴ decorrente da sua origem democrática,²⁵ se enquadra na metáfora iluminista²⁶ de um contrato social, definindo a função e o limite da atuação do Estado.²⁷

Essa visão de pacto social pressupõe a liberdade das partes em contratar e em orientar-se pela razão e pelo livre convencimento.

Destarte, sob o prisma dos indivíduos, a outorga parcial de suas liberdades (sua “obrigação” contratual), somente se justifica mediante uma contrapartida vantajosa a ser prestada pela contraparte (o Estado), qual seja, a instituição de um ente coletivo capaz de garantir, com segurança, o gozo e a preservação dos seus direitos individuais fundamentais.

Diante disso, a dedução lógica é de que não foi outorgado pelos indivíduos ao Estado o poder de suprimir tais direitos,²⁸ até porque sua função é justamente proteger e promover seu exercício.²⁹

²³ Promovendo uma política eficiente de educação e saúde públicas, por exemplo.

²⁴ Segundo Ferrajoli, a natureza de pacto social de uma Constituição somente ocorre quando há verdadeira ruptura com a ordem posta, do contrário está-se diante de meras cartas constitucionais. (FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, p. 175. Ainda nesse sentido, reafirmando o caráter de pacto social da nossa Constituição, cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*, p. 25)

²⁵ Já que outorgada mediante a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte.

²⁶ Sobre a metáfora do contrato social, aduz Ferrajoli que *en este sentido, la idea del contrato social es una gran metáfora de la democracia en sus dos dimensiones: de la democracia política o formal, dado que la legitimación del poder público viene fundada, con ella, sobre el consenso de los contrayentes; del Estado de derecho y de la democracia substancial, dado que este consenso está condicionado al respeto de los derechos naturales positivamente pactados en tutela de todos*. (FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y filosofía del derecho*, p. 173)

²⁷ Sobre a origem contratual da relação entre o Estado e os indivíduos, o próprio Rosseau afirma que “a ordem social, porém, é um direito sagrado que serve de base a todos os outros. Tal direito, no entanto, não se origina da natureza: funda-se, portanto, em convenções. Trata-se, pois, de saber que convenções são estas” (ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*, Livro Primeiro, cap. I, p. 22). Sobre sua aplicação no direito penal, foi “desenvolvida em solo europeu entre os séculos XVIII e XIX, e teve como expoentes Jeremy Benthan (na Inglaterra), Anselm von Feuerbach (na Alemanha) e Cesare Beccaria (na Itália)”. (BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*, p. 31)

²⁸ A adoção dessa linha filosófica por alguns ordenamentos constitucionais modernos, dentre eles o brasileiro, se confirma com a existência das chamadas cláusulas pétreas, que não podem ser alteradas sequer pelo consenso dos órgãos representativos.

²⁹ Nesse sentido, BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*, p. 51.

Sob essa ótica, a atividade estatal encontra limite na sua própria função,³⁰ compreendida como criação de um ambiente permissivo de uso e gozo dos direitos e garantias individuais ao maior número de pessoas possível.

A função do Estado, nesse contexto, é prover o mínimo de segurança para a vida social, com o máximo de liberdades individuais, ou, segundo a lição do professor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, o “Estado de direito submete todos à lei e se opõe ao estado de polícia onde todos os habitantes estão subordinados a quem manda”.³¹

Essa visão foi fundamental neste estudo, pois orientou algumas conclusões sobre o papel do Estado, principalmente quanto à oportunidade de intervenção penal na ordem econômica.

Em síntese, a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito pelo nosso texto constitucional implica o compromisso de uma organização estrutural cuja função é promover a dignidade humana de forma proativa, priorizando a atuação sobre a intervenção, criando um ambiente que permita, ao mesmo tempo, um desenvolvimento coletivo igualitário e justo, com o maior exercício de liberdades individuais possível.

1.2 DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DIREITO PENAL MÍNIMO

Os direitos fundamentais³² são aqueles inerentes à pessoa humana, ou seja, necessários ao indivíduo para que possa viver de forma digna. Desempenham a função de valorização da condição humana e de sua defesa em face do poder público, seja sob o prisma de garantia quanto ao seu exercício (liberdades positivas),

³⁰ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*, p. 27.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*, p. 6.

³² Nosso texto constitucional consagra expressamente os direitos e garantias fundamentais, mais especificamente em seu Título II – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, arts. 5º a 17 –, dividindo-os em cinco capítulos, quais sejam: (i) Direitos e deveres individuais e coletivos; (ii) Direitos sociais; (iii) Direitos da nacionalidade; (iv) Direitos políticos; e (v) Direito dos partidos políticos. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 22 fev. 2011)

seja mediante normas de competência que limitam a ingerência do Estado na esfera jurídica individual (liberdade negativa).³³

Sendo a manutenção desses direitos fundamentais a função precípua do Estado, presume-se que a garantia de seu exercício pelo maior número de pessoas implicará a manutenção de um ambiente social capaz de permitir aos seus componentes uma vida digna. Para tanto, no modelo de Estado Democrático de Direito, há o reconhecimento de que esses direitos jamais podem ser objeto de supressão pela intervenção estatal, bem como somente podem ser objeto de limitação mediante autorização expressa do texto constitucional.³⁴

Quanto mais essencial for o direito fundamental passível de limitação pela sanção, mais intensa será a intervenção e, por outro lado, mais limites devem ser impostos ao Estado para a sua utilização.³⁵

Assim, é inquestionável que o direito penal é o instrumento mais poderoso do qual o Estado dispõe para intervir, principalmente em razão da natureza de sua sanção, cuja aplicação sempre implicará a suspensão do exercício de um direito individual fundamental inferior, apenas, ao direito à vida.

Destarte, a legitimidade do direito penal como instrumento de intervenção, mediante a limitação ao exercício do direito à liberdade,³⁶ somente pode ser admitida nas hipóteses em que estiver autorizada pelo texto constitucional.

³³ Robert Alexy usa a nomenclatura “direitos subjetivos” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 196-203). José Afonso da Silva prefere a expressão “direitos fundamentais do homem”, cujo significado impõe a “limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos pelo Estado que dela dependem”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 175-178)

³⁴ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*, p. 34.

³⁵ Nesse sentido, assevera Francesco Palazzo que *no tiene necesidad de demostración que el poder punitivo, hoy enteramente en manos del Estado en todas partes, es el que reclama la mayor garantía*. (PALAZZO, Francesco. Estado constitucional de derecho y derecho penal: consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994. *Revista Penal*, p. 49)

³⁶ Evita-se a expressão “privação da liberdade”, já que a mais correta é a “limitação ao seu exercício”. Sobre essa expressão, trazemos à colação a lição do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro RHC n. 8.198-GO: “No sistema geral, diga-se assim, no Direito Penal, têm-se penas restritivas do exercício do direito de liberdade (impropriamente denominadas – penas privativas da liberdade). Na verdade, a liberdade jamais é suprimida. O seu exercício, sim, poderá ser afetado. Tanto assim, os crimes que têm esse instituto como bem jurídico, repete-se, não desaparece, como ocorre, ilustrativamente, com a vida. Ao contrário, é meramente comprimido.” (Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 30 mar. 2007)

Mesmo assim, tal intervenção deve guardar absoluto respeito a princípios e garantias, também constitucionalmente previstos, que impõem limites muito mais complexos e rígidos do que os exigidos para qualquer outro ramo do direito.³⁷

Fora dessas hipóteses a intromissão estatal na esfera da liberdade individual não encontra guarida no Estado Democrático de Direito.³⁸

Aliás, foi justamente em razão dessa necessidade de assegurar o exercício a garantias e liberdades individuais que os indivíduos optaram por se organizar de modo a criar a entidade abstrata do Estado;³⁹ portanto, de acordo com o modelo de Estado Democrático de Direito, a vinculação entre o direito penal e a Constituição é absoluta.

O reconhecimento da vinculação do direito penal à Constituição, bem como a mais absoluta irrenunciabilidade dos princípios e garantias a ele inerentes, foi fundamental para o desenvolvimento deste estudo, principalmente para fundamentar a impossibilidade de se defender uma autonomia do direito penal econômico em face do direito penal clássico, no que tange à relativização de direitos e garantias individuais, notadamente do princípio da legalidade.

Diante da análise dos preceitos do Estado Democrático de Direito, fica evidente que o modelo adotado pela nossa Constituição impõe a construção de uma estrutura dogmática penal segundo os postulados do direito penal mínimo.⁴⁰

³⁷ Daí a inclusão de diversos princípios penais no próprio texto constitucional, também como cláusulas pétreas. "O estudo e a 'natureza jurídica' do poder punitivo do Estado – poder ou direito subjetivo, 'potestas' ou 'ius' – desemboca natural e necessariamente no questionamento relacionado com seus 'limites'. Nenhum poder dentro do Estado constitucional e humanitário de Direito (ECHD) pode ser absoluto ou ilimitado. Esses limites, na atualidade, são revelados por meio de princípios constitucionais, que contam (quase todos) com base constitucional expressa". (GOMES, Luiz Flávio Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070410101353547> Acesso em: 10 maio 2009)

³⁸ "Assim, em razão da premissa recém-estabelecida, o legislador, ao ditar norma penal preceptiva, também está cingido à observância dos limites impostos pela garantia dos direitos fundamentais." (BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*, p. 35)

³⁹ A conclusão é lógica, pois: (i) se os direitos fundamentais estão previstos na Constituição; (ii) se o direito penal, pela natureza de sua sanção, sempre que atuar vai restringir um direito fundamental; (iii) se as hipóteses e os limites de restrição a direitos fundamentais têm, necessariamente, de estar previstos no texto constitucional, logo o direito penal é uma forma de direito constitucional aplicado.

⁴⁰ Ressalta Juarez Tavares que "o princípio da intervenção mínima constitui, antes de mais nada, um princípio de ordem política, que vincula o legislador, previamente a qualquer elaboração legislativa, de modo que esse se veja obrigado a verificar se a lei que irá propor, formular, discutir, redigir ou promulgar se harmoniza com os postulados dos direitos humanos" (TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 82). Sobre o fato de que a natureza de pacto social da nossa Constituição impõe o postulado do minimalismo, cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*, p. 41.

Sobre o tema, a doutrina de Paulo de Souza Queiroz, no sentido de que,

à luz da nova ordem constitucional, a criação de leis – leis penais sobretudo, mas não só a sua criação, e sim também a sua aplicação e a sua interpretação – há de orientar-se, ou reorientar-se, por essa mudança de perspectiva, diante desta nova realidade político-jurídica. No que toca especificamente ao direito penal, como aqui se faz, um modelo de ‘direito penal mínimo’ é prestigiar, antes, o espírito constitucional vigente, é prestigiar a liberdade em favor da dignidade da pessoa humana, supremo valor constitucional, somente se admitindo a não-liberdade, cujas formas mais incisivas são representadas pelos modos de atuação do direito penal, quando se associar, de forma indubitosa, a absoluta necessidade social à adequação dessa intervenção (princípio da proporcionalidade): *nulum crime, nulla poena sine necessitate*.⁴¹

Nesse diapasão, a concepção mais adequada ao direito penal no Estado Democrático de Direito nos parece ser a formulada pelo garantismo penal,⁴² cujo maior expoente é Luigi Ferrajoli, segundo a qual a intervenção penal somente é tolerável quando inevitável para a proteção dos cidadãos do poder coativo do Estado.⁴³

Segundo o filósofo e professor italiano, o direito penal é um instrumento de tutela dos direitos fundamentais, uma vez que define os bens que não podem ser lesionados nem com os delitos, tampouco com os castigos.

O garantismo estabelece a necessidade mínima de intervenção penal mediante dez axiomas:⁴⁴ (i) não há pena sem crime; (ii) não há crime sem lei; (iii) não há lei sem necessidade; (iv) não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico; (v) não há ofensa ao bem jurídico sem conduta; (vi) não há conduta sem culpabilidade; (vii) não há responsabilidade sem o devido processo legal; (viii) não

⁴¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*, p. 23.

⁴² Nesse sentido, pondera o filósofo italiano que o garantismo “designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 786)

⁴³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 91.

há devido processo sem acusação; (ix) não há acusação sem provas; e (x) não há provas sem defesa.⁴⁵

Esclarece Ferrajoli:

Cada uma das implicações deonticas – ou princípios – de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para aplicação da pena. Tenha-se em conta que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir. [...] A função específica das garantias no direito penal, como mostrarei na terceira parte, na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva.⁴⁶

Para Ferrajoli, a justificação externa das proibições penais não é uma doutrina jurídica, mas política. O autor estabelece quatro critérios para uma política criminal, cujo objetivo é a tutela máxima com o mínimo de proibições e castigos, quais sejam: (i) exigência de que as condutas proibidas visem evitar ataques concretos a bens jurídicos fundamentais; (ii) o valor dos bens atingidos pela intervenção penal deve ser maior do que daqueles bens atingidos pela pena; (iii) a intervenção penal deve ser idônea a prevenir a prática de delitos e; (iv) a intervenção penal deve ser subsidiária de uma intervenção extrapenal, menos grave.⁴⁷

Quanto às modernas concepções funcionalistas,⁴⁸ cabe destacar a do funcionalismo redutor defendida por Eugenio Raúl Zaffaroni, que pretende inovar

⁴⁵ Não obstante todas as garantias sejam essenciais para o modelo de intervenção penal no Estado Democrático de Direito, para efeito do nosso estudo, foram consideradas especialmente as premissas de que não há crime sem lei, de que não há lei sem necessidade, tampouco necessidade sem ofensa ao bem jurídico.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 90.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 199-202.

⁴⁸ O funcionalismo, como tendência jurídico-penal moderna, é proposto inicialmente na Alemanha, por Roxin, na década de 1970, para afastar o ontologismo dos conceitos jurídicos penais próprios do finalismo e orientar uma dogmática penal por concepções político-criminais. Surge como movimento filosófico que defende a sociedade como um sistema funcional no qual as instituições têm fins a que se destinam. Assim também deveria ser o direito penal, seguindo as normas de política criminal (expressas em normas legais), reguladoras que são da funcionalidade do sistema social. Nesse sentido, esclarece Eugênio Pacelli que o funcionalismo penal “em quaisquer de suas vertentes, parte da rejeição do conceito final de ação e afirma a prevalência das necessidades regulativas do sistema, para fins de estruturação dogmática jurídico-penal” (PACELLI, Eugênio. Apresentação. In: JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. x-xi). O funcionalismo se subdivide em correntes bastantes distintas, dentre as quais podemos destacar: (i) o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs (JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução de Joaquim Cuello

reconhecendo no direito penal a função de reduzir a aplicação irracional do poder punitivo.

Zaffaroni define o direito penal como

*la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho.*⁴⁹

Sob a ótica de Zaffaroni a função dos juízes é, mediante a interpretação das leis, conter o poder punitivo, sendo certo que o exercício dessa contenção confirma a concepção de Estado Democrático de Direito.

As concepções do garantismo de Ferrajoli, complementadas, em alguns aspectos, pelo funcionalismo redutor de Zaffaroni, uma vez que fundamentam a estruturação de um direito penal mínimo, cujas premissas estão consagradas no contexto constitucional brasileiro, constituem os marcos teóricos adotados neste estudo.

1.3 O BEM JURÍDICO-PENAL: CONCEITO E TITULARIDADE

A premissa de que o nosso direito penal deve ser construído de acordo com os postulados do minimalismo leva à necessidade de se reconhecer um limite material, anterior à lei positiva, da intervenção penal. Esse limite é imposto pela noção de bem jurídico-penal.⁵⁰

Contreas e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. Original alemão); (ii) o funcionalismo teleológico de Claus Roxin (ROXIN, *Claus. Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remsal. 3. ed. Madrid: Civitas, 2003 t. 1: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito); e (iii) o funcionalismo redutor de Eugênio Raul Zaffaroni. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOCKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002)

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*, p. 5.

⁵⁰ O objetivo com este estudo não foi tratar de um conceito sob uma perspectiva dogmática já que “quanto a este conceito, não há qualquer dúvida ou problema. Ele nada mais é que o interesse protegido por determinada norma, e onde houver uma norma, haverá um tal interesse” mas “um conceito não mais dogmático, e sim político-criminal de bem jurídico; noutras palavras, se se pode esperar do conceito de bem jurídico alguma eficácia no sentido de limitar o poder de punir do

A importância do estudo do conceito de bem jurídico-penal se revela em razão da sua estreita relação com o conceito material de delito, que será essencial, seja para o estudo do conceito de legalidade material, seja para a definição do próprio objeto jurídico do direito penal econômico. Enquanto o conceito analítico de crime desempenha função didática para a compreensão da estrutura do delito, o conceito material

tem uma relevância transcendental tanto como critério de política criminal a serviço do legislador, quanto como de instrumento de avaliação da legitimidade do tipo penal a serviço do intérprete, especialmente do juiz.⁵¹

Além disso, refletimos sobre as principais teorias referentes à titularidade dos bens jurídicos, cuja noção também se revela essencial para definição de um conceito dogmático-penal de direito penal econômico.

Passamos, portanto, a analisar as principais concepções a respeito do conceito e da titularidade do bem jurídico-penal.

1.3.1 Conceito de bem jurídico-penal: primeiras concepções

É justamente com um viés limitador da intervenção penal, em contraposição ao direito pré-iluminista, em que a definição do delito se confunde com a do pecado, permitindo-se a criminalização da moral e da ética, que surge um primeiro esboço de conceito material de delito.⁵²

Assim, para Feuerbach, crime é *en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal.*⁵³

Segundo o autor a intervenção penal se funda em três requisitos: (i) a existência de um direito subjetivo; (ii) a danosidade social da conduta; e (iii) a

Estado". (GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, p. 93)

⁵¹ MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico penal*, p. 107.

⁵² GODOI, Antônio Januzzi Marchi. *Do bem jurídico penal*, p. 51-54.

⁵³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*, p. 55.

necessidade de pena. Nessa concepção, o direito subjetivo é formado por uma faculdade jurídica privada, uma atribuição externa e individual constitutiva do direito individual. Para se cogitar do delito é necessária a destruição de um objeto vinculado positivamente a um sujeito.⁵⁴

O conceito material de crime desenvolvido por Feurbach foi a primeira tentativa teórica de limitar materialmente a atividade punitiva do Estado, apesar das críticas no sentido de que sua concepção acaba por legitimar, e não limitar o poder estatal.⁵⁵ Além disso, a teoria foi criticada por tirar a autonomia do direito penal, uma vez que o colocava a serviço de direitos estabelecidos em outros ramos o ordenamento jurídico.⁵⁶

Ademais, na sua concepção houve dificuldades em demonstrar a existência de violação a direitos subjetivos em todos os delitos, bem como de estabelecer o próprio conceito do instituto. Sua concepção, portanto, não poderia ser um valor absoluto na dogmática jurídico-penal da época.⁵⁷

Nesse contexto, a paternidade do conceito de bem jurídico é atribuída a Birnbaum, segundo o qual o direito penal não lesa um direito subjetivo e sim bens, aduzindo que *“si se quiere considerar el delito como lesión, este concepto tiene que referirse naturalmente a la lesión de un bien, no a la de un derecho”*.⁵⁸

Sustenta o referido autor que não é o direito em si afetado pela conduta delituosa, mas o objeto do direito, mesmo com a subtração ou diminuição do bem, o direito continua incólume.

Para Birnbaum a noção de bem está estabelecida na sua relação com uma pessoa (seu titular), o conceito está ligado a questões axiológicas (dependente do valor atribuído à coisa pelo sujeito). Ao desvincular seu conceito de um direito individual e subjetivo, Birnbaum permite margens mais amplas para atuação penal.

⁵⁴ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*: común vigente en Alemania, p. 56-57.

⁵⁵ Também Carrara, no mesmo ideal liberal, afirma que o direito violado pelo delito está sempre ligado a bens ou interesses assegurados em lei. (CARRARA, Francesco. *Programma*, v. 1, § 42 *apud* SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*, p. 127)

⁵⁶ GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*, p. 56.

⁵⁷ Nesse sentido, SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*, p. 26.

⁵⁸ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, p. 57.

1.3.1.1 Conceito de bem jurídico-penal: concepções positivistas e metodológicas

Algum tempo após a concepção de Birnbaum, Binding,⁵⁹ sob uma visão positivista, define crime como o comportamento qualificado pelo legislador como tal. Reduz o delito à violação de um dever de obediência à norma estatal. Sob essa ótica, o bem jurídico não é preexistente à norma e consiste na lesão a um direito subjetivo do Estado, consubstanciando um direito de mandar e ser obedecido, desprovido de conteúdo material.⁶⁰

Em fins do século XIX, Liszt,⁶¹ opondo-se à concepção estritamente formal de Binding, mas mantendo a mesma linha positivista, sustenta que o direito penal é constituído exclusivamente por interesses humanos juridicamente protegidos.

Nesse sentido, o bem jurídico “constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente)”.⁶²

Para o autor, os bens jurídicos são preexistentes à lei, criados pela vida, estão no limite entre a política criminal e o direito penal.

Liszt tenta colocar um limite ao poder punitivo, mas não estabelece qual é este limite, pois não define critérios para a escolha dos bens jurídicos dignos da intervenção penal. Trata-se de uma concepção positivista-sociológica do bem jurídico.⁶³

⁵⁹ Binding define bem jurídico como “tudo o que em si mesmo não é um direito, mas que aos olhos do legislador é de valor como condição da vida sã da comunidade jurídica”. (BINDING, Karl. *Compendio di diritto penale: parte generale*, p. 198 apud SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*, p. 29)

⁶⁰ Sobre a posição do autor, SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*, p. 129.

⁶¹ VON LIZT, Franz. *La teoria dello scopo nel diritto penale*, p. 5-7 apud PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 30.

⁶² Luiz Régis Prado, dissertando sobre o conceito de Binding. (Cf. PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 30)

⁶³ Juarez Tavares assevera sobre o conceito de Liszt que, embora ele sustente, em seu tratado, que “é a vida e não o direito que produz o interesse”, adverte que “só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”, apresentando-se, com tal assertiva, como um representante do iluminismo, pelo qual o direito não teria outro escopo, senão o de regular as relações interindividuais. Contudo, ao definir os bens jurídicos como as “condições vitais da comunidade estatal”, as quais se manifestam por meio da norma jurídica, como expressão da vontade geral, põe-se, então, na trilha de organicismo”. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 188)

No início do século passado, o conceito de bem jurídico-penal evolui para estabelecer bases metodológicas,⁶⁴ para as quais, segundo o denominado método técnico-jurídico, o objeto de investigação da ciência penal resume-se ao direito positivo vigente.

Nesse sentido, Rocco⁶⁵ abre caminho para as teorias que definem bem jurídico como valor cultural da realidade normativa, o vinculado, unicamente, à *ratio legis* da norma.⁶⁶

Na mesma linha, Antolisei sustenta como noção substancial do delito *quel comportamento umano che, a giudizio del legislatore, contrasta coi fini dello Stato ed esige come sanzione una pena (criminale)*.⁶⁷

Durante a Segunda Guerra Mundial, a denominada Escola de Kiel⁶⁸ vai ainda mais longe: anula o princípio da legalidade, passando o merecimento da pena a ser fundamentado pela ideia de uma lei penal fundamental, orientada pelo sentimento popular (o são sentimento do povo alemão).

1.3.1.2 Conceito de bem jurídico-penal: concepções sociológicas

As denominadas teorias sociológicas⁶⁹ ancoram-se em diretrizes político-criminais. Segundo os adeptos dessa corrente a sociedade deverá definir, em momento prévio à positivação, os bens jurídicos dignos da intervenção penal. Para tanto, há de se considerar a danosidade social do fato.

⁶⁴ “Para a teoria metodológica, o bem jurídico, do mesmo modo que na elaboração de Arturo Rocco, deixa de ser concebido como entidade preexistente à norma. Passa a ser considerado como uma valoração realizada em cada uma das normas penais, buscando seu escopo”. (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*, p. 131)

⁶⁵ ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, p. 584 *apud* GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*, p. 69.

⁶⁶ Nesse sentido, MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 403 *apud* GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*, p. 71-72.

⁶⁷ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale, parte generale*, p. 168.

⁶⁸ GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*, p. 80.

⁶⁹ Na lição de Sheila Jorge Selim Sales nessa corrente “o bem jurídico emana de fontes metajurídicas ou pré-positivas, antecedentes ao ordenamento jurídico”. (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*, p. 134)

Nessa linha, sustenta-se que o bem jurídico como fundamento do direito penal deve ser substituído pelo conceito do que seja socialmente danoso,⁷⁰ ocorre que o conceito de danosidade acaba não substituindo o conceito de bem jurídico e sim complementando-o, sendo que o sujeito valorador dessa danosidade acaba sendo o próprio legislador.

Nas concepções sociológicas⁷¹ situa-se a denominada corrente funcionalista do bem jurídico, para a qual a sociedade é um sistema global de interações, cuja funcionalidade deve ser assegurada pelo direito como subsistema.

Essa corrente parte da concepção de Welzel,⁷² para quem o bem jurídico é um estado social desejável, representando uma unidade funcional social essencial para a concreta estruturação da sociedade.

Ainda no âmbito das concepções sociológicas, está o conceito de bem jurídico de Jakobs,⁷³ que estabelece como bem jurídico-penal a própria norma, porque para o autor a contribuição que o direito penal presta à manutenção da configuração de sociedade e do Estado é a mera garantia de efetividade das normas.⁷⁴

Esse conceito de bem jurídico normativo visa limitar o conceito clássico de fatos valorados positivamente, pois, para Jakobs, sob o prisma tradicional: (i) a noção de bem está limitada ao aspecto subjetivo de quem efetua a valoração; e (ii) esses bens podem ser afetados por eventos naturais (não humanos) ou eventos inevitáveis, que são indiferentes para o direito penal.

Para Jakobs a concepção tradicional amplia o conceito de bem jurídico penal, considerando, num mesmo plano, forças danosas da natureza,

⁷⁰ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*, p. 33.

⁷¹ Também Rudolphi (RUDOLPHI, Hans-Joachim. Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, p. 343, *apud* GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*, p. 98) está vinculado às concepções sociológicas e antecipa o postulado de uma teoria constitucionalmente orientada do bem jurídico-penal. Em razão disso, Heloisa Estellita Salomão considera Rudolphi como adepto da teoria constitucionalmente orientada. (SALOMÃO, Heloisa Estellita *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*, p. 44. Também nessa linha, Luiz Régis Prado. *Bem jurídico e Constituição*, p. 53-54)

⁷² WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*, p. 5.

⁷³ Sustenta o autor que “bem jurídico-penal é a eficácia fática das normas que garantem que se pode esperar o respeito aos bens jurídicos, às funções e à paz jurídica”. (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade* p. 78)

⁷⁴ “Por isso, contrariando, porém, a linguagem usual – pode-se definir como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas essenciais adiante da decepção – solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática. (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade* p. 61)

comportamento não evitável e o comportamento imputável (este sim relevante para o direito penal).⁷⁵ Sendo assim, para ele, a valoração de bem jurídico deve se limitar à própria valoração positiva.⁷⁶

Sustenta que muitos conteúdos normativos penais vigentes não podem ser explicados mediante a finalidade de proteção a bens jurídicos, portanto, nem todo crime exige lesão a um bem jurídico,⁷⁷ defendendo a possibilidade de delitos de mera transgressão.⁷⁸

Jakobs ressalta, ainda, que a concepção da finalidade da norma como proteção a bens jurídicos não se ajusta a normas que devem proteger diretamente a paz social, as quais são por si só dignas de tutela penal, independentemente do questionamento sobre a proteção de bens.⁷⁹

Para o autor, a exclusão da criminalização da moral se dá pela falta de “referência social”, já que não é possível determinar o que é moral ou imoral sem considerações prévias sobre a forma cultural da sociedade.⁸⁰

Apesar das críticas ao instituto, o autor não prescinde da noção de bem jurídico como um dos elementos do que denomina “filtro da nocividade social”,

⁷⁵ Ilustrando seu raciocínio afirma que “não é a causação de um resultado morte que configura lesão a um bem jurídico-penal (trata-se de mera lesão a um bem), mas a desobediência normativa contida no homicídio evitável”. (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 63)

⁷⁶ Jakobs confunde o conceito de bem jurídico e o de lesão ao bem jurídico, no sentido de tentar fundamentar a definição do primeiro como mera valoração normativa. Não há dúvida de que os diversos bens jurídicos podem ser lesados de forma natural e indiferente ao direito penal, entretanto, a verificação da forma de lesão não parece poder fundamentar uma noção meramente normativa do bem jurídico. Nesse sentido, todo homicídio lesa o bem jurídico vida, mas nem toda lesão à vida será homicídio.

⁷⁷ Sobre o tema, pondera que “a lesão de um bem jurídico não pode ser vista como núcleo de todos os crimes. Essa conclusão modificou-se no sentido de que o núcleo de todos os crimes somente deveria ser encontrado numa infração de dever, não devendo esta última constituir apenas um nome para aquilo que crimes de lesão de um bem jurídico e crimes especiais têm em comum”. (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 72)

⁷⁸ O autor cita como exemplo crimes de infração de um dever funcional proveniente de competência institucional. (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 71)

⁷⁹ Cita como exemplos de delitos que violam a paz social: maus tratos aos animais, injúrias a religiões, incesto, exibicionismo e provocação de escândalo público. (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 73)

⁸⁰ Nesse ponto, o autor traz o seguinte exemplo: “O fato, por exemplo, de o homicídio de uma pessoa aleijada não ser meramente imoral, mas os comportamentos lésbicos sim, apenas é válido para sociedades que consideram como assunto público a existência de todos os membros, mas não uma atividade sexual consensual dos membros. Para sociedades que se definem como bastião de elites biológicas, a decisão pode ser inversa; sociedades que elevam o aperfeiçoamento de seus membros à categoria de assunto público podem penalizar ambas as formas de comportamento por exemplo.” (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 75)

todavia, consoante confessa o próprio Jakobs, esse limite não está suficientemente claro.⁸¹

1.3.1.3 Conceito de bem jurídico-penal: concepções constitucionalmente orientadas

As teorias constitucionalmente orientadas do bem jurídico⁸² partem da premissa de que, sendo a Constituição a lei fundamental, a expressão do pacto social, existe uma vinculação da atividade penal aos valores constitucionais, pois a sanção penal consiste, basicamente, na limitação efetiva ou na ameaça de limitação à liberdade, direito fundamental reconhecido constitucionalmente. Assim, a intervenção penal deve encontrar limite no próprio texto constitucional.

As teorias constitucionais se dividem em três grupos: (i) teoria geral, segundo a qual o legislador teria plena liberdade para criminalizar, desde que não contrarie os princípios constitucionais (Constituição como limite negativo); (ii) teoria estrita, segundo a qual somente os valores expressos na Constituição são dignos da intervenção penal, entretanto, nem todos os valores constitucionais merecem a extrema *ratio* da pena (Constituição como limite positivo); e (iii) teoria mista, que acrescenta à teoria estrita a possibilidade de intervenção penal de valores implicitamente previstos na Constituição.

Para os adeptos da teoria geral os bens dignos da intervenção penal são mais amplos que os valores constitucionais, portanto, a Constituição é limite

⁸¹ “[...] não se pode prescindir de um filtro da nocividade social, sendo que as normas que passam por este filtro são, em parte, normas protetoras de bens jurídicos, em parte, normas sobre a produção de bens jurídicos (crimes especiais e crimes de mão própria) e, em parte, normas sobre a proteção da paz. O importante é que a punibilidade oriente-se não pelo que é contrário ao valor de per se, mas apenas contra a nocividade social. Entretanto, o limite do socialmente nocivo é definido sempre de modo pouco claro”. (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 78)

⁸² Para essa corrente, segundo assevera Sheila Jorge Selim Sales, “o bem jurídico emerge de fonte jurídica superior, isto é, a Constituição” (SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*, p. 134). Completando o raciocínio, Fiandaca expõe que o objetivo da teoria constitucionalmente orientada do bem jurídico *persegue il duplice obiettivo di elaborare, da un lato, un concetto di bene giuridico che preesista alla valutazione del legislatore ordinario; ma di prospettare, dall’altro (próprio in quanto desunti dalla Costituzione quale testo normativo sovra-ordinato), criteri de determinazione del bene medesimo finalmente dotati di vincolatività – almeno potenziale – nei confronti del legislatore penale*. (FIADANCA, Giovanni. *Diritto penale*, p. 12)

negativo ao legislador, no sentido de que não pode haver contradição entre o sistema penal e os valores constitucionais.

Nessa linha, Figueiredo Dias define o bem jurídico como

a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.⁸³

Para o professor português, o bem jurídico possui conteúdo material, deve servir como um padrão crítico e ser político-criminalmente orientado. Os bens do sistema social são preexistentes à intervenção penal, porém somente ganham relevância com a valoração dos princípios fundamentais da Constituição.

Segundo Figueiredo Dias a harmonia entre os valores orientadores do texto constitucional e o sistema jurídico-penal é o limite legítimo à atuação do legislador penal, ressaltando, ainda, que a existência do bem jurídico não é suficiente para a intervenção penal, cuja necessidade deve ser verificada.⁸⁴

Na lição de Santiago Mir Puig⁸⁵ o bem jurídico tem importância social, não podendo ser negado seu reconhecimento constitucional como requisito de sua qualidade como interesse fundamental.⁸⁶

⁸³ DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, p. 63.

⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 61-77.

⁸⁵ *Para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal (también en sentido político-criminal), cabe exigir de él dos condiciones: importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal.* (MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, p. 162)

⁸⁶ Na mesma linha, Navarrete sustenta que bem jurídico é o bem ou valor merecedor da máxima proteção jurídica, que se dá para a garantia dos princípios fundamentadores da vida humana em sociedade, são objetos estimados a ponto de merecer a máxima proteção, valores ou atributos espirituais para satisfação da autorrealização do homem em sociedade. Coloca, o referido autor, o bem jurídico no centro da antijuridicidade penal, que não se resume a mero caráter formal, possuindo um conteúdo substancial que é justamente a proteção ao bem jurídico, defende, assim, a natureza metajurídica e pré-legal do bem jurídico. (POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el derecho penal*, p. 266-267 *apud* SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*, p. 48)

Para Fiandaca⁸⁷ a noção de bem jurídico orientado conforme a Constituição não basta para delimitar as condutas que podem ser criminalizadas, porque o conceito é um diretivo programático de tutela vinculante.⁸⁸

Segundo Roxin,⁸⁹ também adepto da teoria constitucional geral do bem jurídico, o direito penal deve proteger somente bens jurídicos concretos e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções puramente ideológicas ou simples sentimentos.

Para o professor da Universidade de Munique, a definição do conceito de bem jurídico é essencial para definição do conceito material de delito, mas as concepções anteriores de bem jurídico são insuficientes, já que nenhuma delas houve por *lograr un concepto de bien jurídico expresivo en su contenido y limitador del Derecho penal*.⁹⁰

A busca por esse conceito ideal, segundo Roxin, começa no reconhecimento de que um conceito de bem jurídico político-criminalmente vinculante somente pode derivar da lei fundamental, portanto, baseado no texto constitucional, que traz limites para o poder punitivo do Estado.

Segundo o autor, sua definição, ao utilizar “circunstâncias dadas” e “finalidades” no lugar de interesse de modo geral, quer expressar que o conceito de bem jurídico abarca tanto os estados prévios à norma como os deveres de cumprimento de normas criados pelo próprio Direito.

Para Roxin o conceito de bem jurídico é previamente dado ao legislador, mas não é prévio à Constituição, essa concepção, segundo o autor, afasta

⁸⁷ Para o autor, *il riferimento alla rilevanza costituzionale offre soltanto un critério di legittimazione negativa dell'intervento punitivo, nel senso che risulta innanzitutto così delimitata l'area di ciò che non potrebbe (costituzionalmente) mai assurgere a materia di reato. Ma, una volta accertato che il bene è sussumibile nell'ambito dei valori costituzionali, la scelta del «se e come punire» risulta condizionata dalla presenza di ulteriori fattori.* (FIANDACA, Giovanni. *Diritto penale*, p. 1516)

⁸⁸ Da mesma forma, Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci defendem que, na Itália, o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos tem força de princípio constitucional, derivando da própria concepção de Estado italiana. Entretanto, essa conclusão não basta como limite ao legislador, sendo necessário, para se cogitar do direito penal, a tutela de bens jurídicos relevantes. Para os referidos autores, o legislador não pode custodiar bens incompatíveis com a Constituição ou violadores dos princípios constitucionais. (DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha dos bens jurídicos. Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, p. 165-172 *apud* SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*, p. 50-51)

⁸⁹ O autor define bem jurídico como *circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.* (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, t. I, p. 56)

⁹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, t. I, p. 55.

cominações penais arbitrárias, que não servem à liberdade do indivíduo ou à capacidade funcional de um sistema social baseando no princípio de um Estado Liberal.

O conceito de bem jurídico para Roxin é mutável, sofrendo alterações diante dos marcos constitucionais ou de mudanças sociais e progressos do conhecimento científico.⁹¹

Sob a ótica do autor, é facultada ao legislador, de acordo com suas convicções político-criminais, ampla liberdade para criminalizar, desde que não violados os preceitos constitucionais fundamentais.

Já para as concepções constitucionais estritas, o legislador não pode criminalizar condutas que não lesem ou exponham a risco valores consagrados explicitamente pela Constituição.

Nesse sentido, Bricola⁹² ressalta o reconhecimento da liberdade como direito constitucional, portanto, a tutela penal somente poderá ser utilizada como medida de extrema *ratio*.

A sanção penal somente pode ser imputada após uma lesão a um bem de igual relevância à liberdade ou, pelo menos, de um valor expressamente reconhecido na Constituição. O autor reconhece, assim, uma hierarquia entre os valores constitucionais.

Para Angioni,⁹³ a tutela penal deve reservar-se aos bens jurídicos constitucionais de relevância superior, bem como sustentar a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade na comparação entre o bem jurídico legitimador da intervenção e o objeto da reação (bem atingido pela pena).⁹⁴

⁹¹ O autor cita o exemplo da pornografia: caso fosse provado que o acesso a ela aumentasse a probabilidade de cometer crimes sexuais, seria possível sua criminalização. (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, t. I, p. 58)

⁹² BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. In: NOVISSIMO Digesto Italiano, p. 14 *apud* SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*, p. 60.

⁹³ ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 6-7 *apud* SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*, p. 64.

⁹⁴ Maria da Conceição Ferreira da Cunha ressalta que a necessidade da legitimação constitucional dos bens jurídico-penais está expressa na lei fundamental portuguesa. A autora também sustenta a atuação do princípio da proporcionalidade como elemento de valoração da hierarquia dos valores constitucionais, que deve partir da sua proximidade com relação à dignidade da pessoa humana. (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização*, p. 200-325 *apud* SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*, p. 77)

Ferrajoli⁹⁵ ressalta que não se pode alcançar uma definição exaustiva da noção de bem jurídico, portanto, o conceito apenas nos oferece uma série de critérios negativos de legitimação, tanto no plano legislativo, quanto no plano da aplicação concreta da lei. Tais critérios são condições necessárias, mas não suficientes, para justificar a criminalização.⁹⁶

A crítica que se faz à teoria constitucional estrita seria que sua adoção implica o engessamento da atividade legiferante estatal, que fica impedida de acompanhar a evolução das relações sociais.⁹⁷

Justamente em razão dessa crítica, pretende a teoria constitucional mista acrescentar à teoria estrita a possibilidade de tutela penal de bens implicitamente previstos na Constituição.⁹⁸

De se consignar, ainda, a posição do professor Luiz Régis Prado,⁹⁹ que defende uma noção material de bem jurídico no sentido de juízo positivo de valor sobre determinado objeto ou contexto social relevante para o desenvolvimento humano.¹⁰⁰ Tal juízo de valor deve, ainda, estar delineado no próprio texto constitucional.¹⁰¹

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 426-440.

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 432-433.

⁹⁷ GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*, p. 148.

⁹⁸ Essa linha a adotada por Antônio Januzzi Marchi de Godói. (Cf. GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*, p. 143-153)

⁹⁹ O autor expõe a divergência do conceito de bem jurídico na doutrina nacional, consignando que “Aníbal Bruno destaca que os bens jurídicos ‘são valores de vida individual ou coletiva, valores da cultura’. Por sua vez, Assis Toledo diz que bens jurídicos ‘são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas’. Para Fragoso, ‘o bem jurídico não é apenas um esquema conceitual visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e cuja preservação é disposta a norma’. Noronha define bem jurídico como ‘o bem-interesse protegido pela norma penal’. E, finalmente, afirma-se que ‘dogmaticamente, o bem jurídico, ou bem do direito, não é somente um bem do indivíduo, que é, ao mesmo tempo, bem social. Sobre o mesmo fundamento, o bem jurídico não é somente um bem da sociedade, mas um bem social, que é, ao mesmo tempo, bem individual. A contraposição do individual e do social, ora considerado o indivíduo como meio ou fim da sociedade, ora considerado a sociedade como meio ou fim do indivíduo, não encara, em seus devidos termos, a unidade dialética do individual e do social, esquecendo que o indivíduo está em função da sociedade tanto quanto a sociedade está em função do indivíduo’. (Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, v. 1, t. 1, p. 31; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 16; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 277-278; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: parte geral*, v. 1, p. 242 *apud* PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 40-41)

¹⁰⁰ PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 73-74.

¹⁰¹ PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 81.

Para o autor, o legislador ordinário está vinculado às diretrizes contidas na Constituição, e aos valores nela consagrados, para definir os bens jurídicos, até em razão da noção limitadora do conceito.¹⁰² Sustenta que as concepções estrita e geral não se rivalizam, mas se complementam.¹⁰³ Sob essa ótica, conclui o professor paranaense:

O remate do raciocínio é o de que as relações entre as teorias constitucionais amplas e restritas não são de antagonismo, mas de complementariedade. Isso resulta no agasalho de uma diretriz constitucional de natureza eclética ou intermediária – de justo meio e não hermética –, que privilegia o texto constitucional, *prima facie* a concepção de Estado Democrático e Social de Direito, o bem jurídico (substancial) ancorado na realidade socioindividual, complementada, ainda, por elementos de uma visão metodológica própria e da peculiar natureza do bem jurídico-penal, numa enformação que se compatibiliza com os modernos postulados da ciência do Direito Penal e da Política criminal.¹⁰⁴

As teorias constitucionalmente orientadas, apesar de criticadas em alguns aspectos,¹⁰⁵ têm tido grande aceitação doutrinária em países organizados como Estado Democrático de Direito.

1.3.1.4 Conceito de bem jurídico-penal: concepção adotada

Nosso modelo constitucional impõe um direito penal mínimo e garantista. Nesse contexto, a intervenção penal não pode prescindir da lei, e esta de um

¹⁰² PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 82.

¹⁰³ Essa linha a adotada por Heloisa Estellita Salomão. (Cf. SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*, p. 84)

¹⁰⁴ PRADO, Luiz Régis *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 99.

¹⁰⁵ A principal das objeções dirigidas às teorias constitucionalmente orientadas refere-se à diferença entre os fins do direito constitucional e do direito penal, já que enquanto o primeiro possuiria um conjunto de normas dirigidas ao poder político estatal e à organização social, o segundo se destinaria simplesmente a prevenir ações danosas à sociedade. Essa crítica tem como base, portanto, a tendência de expansão do direito penal, explicada pelo surgimento da denominada sociedade do risco que, para seus adeptos, traz ao direito penal a necessidade de tutelar ameaças criadas por novos riscos e seus efeitos, que não estão constitucionalmente previstos, até porque eram imprevisíveis quando da elaboração da lei fundamental. Nesse sentido, cf. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*, p. 85.

fundamento material anterior, o que significa dizer, sob o prisma dogmático, que se deve adotar um modelo material de crime como ofensa a bens jurídico-penais.¹⁰⁶

Sobre o tema, a lição de Evandro Pelarim:

O bem jurídico exerce um papel importantíssimo na delimitação da intervenção penal. A tipificação do crime, que prescreve a conduta proibida, decorre do princípio comezinho da legalidade, deve ser construída com base na realidade concreta, a partir de um dado pré-jurídico, não como uma relação ideal, meramente formal.¹⁰⁷

Essa constatação nos permite afastar a primeira concepção de bem jurídico penal, tal como idealizada por Birnbaum, à qual, apesar de caracterizar tecnicamente o conceito, uma vez que possibilita ser o Estado o sujeito valorante dos bens capazes de legitimar a intervenção penal, torna a decisão de criminalização meramente política, não limitando o poder punitivo.

Da mesma forma, restam afastadas todas as teorias de cunho positivista, que não deixam clara a preexistência do bem jurídico sobre o ordenamento positivo, excluindo a exigência de danosidade social.¹⁰⁸

Nas concepções positivistas e metodológicas, o bem jurídico perde totalmente sua função limitadora, tanto que foram adotadas em períodos de autoritarismo estatal, perdendo força após a Segunda Guerra, com o fortalecimento do Estado de Direito.

Há de se refutar, ainda, a noção de bem jurídico-penal sustentada pelas ditas correntes sociológicas, que, ao admitirem normas penais independentemente de valores, retiram do conceito um significado próprio, transformando o direito penal em direito de mera transgressão.

As concepções sociológicas permitem ao legislador lançar mão de tipos penais excessivos, sem a preocupação de incriminar condutas capazes de lesar o

¹⁰⁶ Fábio Roberto D'Ávila assevera que esse modelo "corresponde, em um primeiro momento, a uma compreensão político-ideológica estabelecida nos ideais de um Estado laico, liberal, tolerante, pluralista, e multicultural, comprometido com a dignidade humana e com o reconhecimento de direitos fundamentais, em clara e assumida oposição a Modelos de Estado autoritários, erigidos na persecução de objetivos éticos, na punição de inclinações anti-sociais e na mera infração ao dever. Afinal, como a própria história demonstra, não só a compreensão do ilícito sempre disse muito sobre o modelo Estado em que é implementada, como o Modelo de Estado sobre a acepção de ilicitude que recepciona". (D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*, p. 51)

¹⁰⁷ PELARIM, Evandro. *Bem jurídico penal: um debate sobre descriminalização*, p. 143.

¹⁰⁸ O que já estava expresso na concepção de violação a um direito subjetivo sustentada por Feuerbach.

bem jurídico, acabando por sustentar uma tutela sobre um efeito indesejado no desempenho de uma função estatal,¹⁰⁹ inconciliável com as premissas de um Estado Democrático de Direito.

Também há de ser afastada a concepção de bem jurídico-penal defendida pelo funcionalismo sistêmico de Jakobs, que pretende fundamentar um conceito puramente normativo de bem jurídico.¹¹⁰ Um conceito estritamente normativo viola o princípio constitucional da intervenção mínima.

A concepção de Jakobs, sob o pretexto de adaptação ao contexto social, limite que não nos parece sequer razoável, permite ao legislador ampla autonomia para estabelecer quais condutas merecem ser criminalizadas segundo seu próprio arbítrio. Destarte, resta totalmente esvaziada a noção limitadora do conceito de bem jurídico e, por consequência, do conceito material de crime.

Na concepção funcionalista sistêmica, a pessoa humana vira instrumento, resta funcionalizada. Já que a opção pela criminalização se resume ao arbítrio do Estado, a apreciação de valores passa a ser mera tarefa política e não jurídico-penal.

Nossa estrutura constitucional implica que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos não se limita ao âmbito político-ideológico, mas consiste, ainda e principalmente, em exigência material de que o ilícito se reflita no âmbito constitucional.¹¹¹

¹⁰⁹ O professor Juarez Tavares define função como *una relación consecuente de variables, que corresponden a puntos de referencia de algo. De la misma forma que las variables dependientes, la función no tiene significado próprio, sino solamente en el contexto de la própria relación* (TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*, p. 59). Portanto, afirma que, *como no es susceptible de preferencia, la función no constituye un valor y, por lo tanto, no puede ser confundida con un bien* (TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*, p. 60). Concordamos com a exposição do professor Juarez Tavares no sentido de que a função não existe por si mesma, depende de uma relação e de suas variáveis, não podendo ser confundida com valores. Para que uma função seja convertida em um bem jurídico, faz-se necessária sua materialização de modo que seja indispensável à existência do Estado ou do indivíduo, ela deve possuir caráter de universalidade e constituir um valor que seja reconduzível à pessoa humana.

¹¹⁰ Nesse sentido, é fato que a valoração normativa no campo da tipicidade (necessária para verificação do princípio da legalidade), ao contrário do que pretende sustentar o professor alemão, não conduz necessariamente ao conceito estritamente normativo de bem jurídico, até porque a função do instituto é justamente limitar o âmbito de atuação normativo-penal em um plano anterior ao da tipificação legal.

¹¹¹ Nesse sentido, PALAZZO, Francesco. *Bene giuridici e tipi de sanzioni*, p. 215. No mesmo sentido, D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*, p. 52.

A própria norma constitucional da liberdade,¹¹² indubitavelmente de direito fundamental, impede uma atividade irrestrita de criminalização, já que toda incriminação resulta em uma limitação da liberdade de agir.

A tipificação penal, pela natureza de sua sanção característica, somente se legitima materialmente caso respeitada a condição de direito fundamental do bem jurídico liberdade, ou seja, caso a intervenção penal implique a lesão de valores cujo conteúdo axiológico justifique a restrição da liberdade ocasionada pela incriminação.¹¹³

Nessa linha, tendo a Constituição brasileira, na sua função de norma máxima do ordenamento jurídico, previsto os valores mais relevantes para a comunidade, é fato que, para seja fundamentada a intervenção penal sobre determinado bem, este deve estar previsto no âmbito constitucional. Há, portanto, que se adotar uma teoria constitucionalmente orientada do bem jurídico-penal.

Quanto às críticas feitas às concepções constitucionalmente orientadas pelos adeptos de um direito penal amplo (expandido), que seria justificado pelo contexto de uma dita sociedade de riscos,¹¹⁴ suas premissas são incompatíveis com o modelo constitucional, adotado no Brasil, que impõe a adoção de um direito penal mínimo.

Assim e então, no nosso modelo de Estado, os bens jurídico-penais têm na Constituição suas raízes materiais. Todavia, nem todo valor constitucional está

¹¹² Prevista expressamente no preâmbulo da Constituição brasileira e no *caput* do seu art. 5º.

¹¹³ Fábio Roberto D'Avila assevera que "a liberdade, enquanto valor constitucional fundamental, somente pode ser restringida quando o seu exercício implicar a ofensa de outro bem em harmonia com a ordem axiológico-constitucional. Meros interesses administrativos insuscetíveis de configurar um bem jurídico-penal estariam, de pronto, e por estas mesmas razões, totalmente excluídos da possibilidade de constituir substrato suficiente para o surgimento de uma qualquer incriminação". (D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*, p. 54)

¹¹⁴ Sobre o equívoco da premissa da sociedade de risco, assevera Malheiros Filho que "em todo mundo a média de vida das pessoas aumentou muito com o passar dos últimos anos, obviamente porque os riscos são mais controláveis que outrora. A paulatina substituição da mecânica pela eletrônica, os progressos da Medicina, as tecnologias de prevenção de acidentes (há 30 anos os automóveis não tinham cinto de segurança nem apoio de cabeça... para não falar em *air bags* e freios ABS), as técnicas de segurança do trabalho, a expansão das fontes de energia limpa, tudo contribui para redução dos riscos e o prolongamento da vida humana, que é uma realidade numérica, estatística, palpável". Além disso "o risco é inerente à vida e, por mais que seja reduzido, como acontece na "modernidade avançada", não desaparece jamais. Isso não justifica que somente a sociedade hoje – e só ela – mereça o título de "sociedade de risco". (MALHEIROS FILHO, Arnaldo. *Direito penal econômico e crimes de mero capricho*. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea* o, p. 92)

apto a justificar a intervenção penal,¹¹⁵ mas somente aqueles referentes a um direito fundamental, ou seja, necessário a manter os requisitos de uma vida livre e digna ao ser humano.¹¹⁶

Nesse diapasão, deve-se afastar, dentre as teorias constitucionalmente orientadas, a teoria geral, já que a noção da Constituição como limite negativo é insuficiente a um direito penal mínimo e garantista, principalmente ao reconhecer a possibilidade de bens jurídicos essenciais ao funcionamento do próprio sistema, criados pelo próprio Direito.

Dessa forma, a concepção de Roxin, ao admitir a existência de bens jurídicos criados pela norma, bastando que não sejam violados preceitos constitucionais, possibilita uma intervenção penal justificada por uma série de condutas que sequer tenham valor constitucional,¹¹⁷ deixando o âmbito de liberdade do legislador exageradamente amplo.¹¹⁸

Adotamos, portanto, a Constituição como limite positivo da intervenção penal,¹¹⁹ razão pela qual reconhecemos que há, no âmbito constitucional, uma hierarquia de valores.

¹¹⁵ Nesse sentido, Luís Greco assevera que “daí por que precisamos de uma definição de bem jurídico mais restrita do que a mera referência a valores constitucionais”. (GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, p. 100-101)

¹¹⁶ Esse critério nos parece importante no sentido de limitar os valores constitucionais objeto da intervenção penal, considerando que algumas cartas constitucionais atuais são excessivamente amplas “reguladoras, não raras vezes, de matéria imprópria às ‘dimensões constitucionais essenciais’, ali inseridas em razão, unicamente, de circunstâncias históricas e de demandas de grupos sociais organizados em atividade junto à Assembléia Constituinte”. (GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*, p.149)

¹¹⁷ Exemplo disso é a postura de Roxin quanto ao caráter de subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal, tratando a questão da subsidiariedade com um viés de diretriz político-crimal, e não como um mandato vinculante (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, t. I, p. 67). Parece-nos temerário diminuir o princípio da subsidiariedade a uma diretriz político-crimal, pois, como consequência do princípio constitucional da proporcionalidade, no Estado garantista, a subsidiariedade deve ter poder vinculativo e limitador do exercício do poder punitivo.

¹¹⁸ Nesse sentido, Roxin chega a sustentar a possibilidade de criminalização do estacionamento proibido, o que não nos parece razoável dentro de um direito penal mínimo e garantista. (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, t. I, p. 57)

¹¹⁹ Quanto a esse ponto, ressaltamos nossa posição adotando a teoria mista que, apesar de reconhecer a Constituição como limite positivo, não exclui a possibilidade de se valer do direito penal mediante condutas lesivas a valores implicitamente previstos no texto constitucional.

Para se estabelecer um critério de dignidade penal dos valores na própria Constituição,¹²⁰ deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade,¹²¹ no sentido de verificar o equilíbrio (equação de custo-benefício) de uma determinada intervenção penal.

Há de se questionar, em cada hipótese de criminalização,¹²² se a restrição da liberdade de um cidadão naquela hipótese específica será compensada por um efeito positivo maior, aproveitável pela sociedade como um todo.

Sobre essa necessidade de equilíbrio, esclarecedor o exemplo de Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

A chave que regula o tamanho da intervenção do Direito Penal é dada pela seguinte idéia no Estado Social e Democrático de Direito: um crime a mais no Código Penal corresponde a uma liberdade a menos para o homem, e por isso deve-se evitar uma tipificação inútil, desproporcional ou infundada; de outro lado, se um crime a menos no Código Penal representar muitas liberdades a menos na sociedade, deve-se tipificar essa conduta atendendo-se aos princípios do Direito Penal e de acordo com as permissões e limites da Constituição.¹²³

O papel do princípio da proporcionalidade é justamente balancear a relevância do bem jurídico digno da intervenção penal e daquele atingido pela pena, o grau da ofensa a reprimir e o grau da intervenção e da qualidade da sanção a ser aplicada.

¹²⁰ Sustentando uma hierarquia entre os valores constitucionais, cf. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes: a teoria dos valores constitucionais e a indicação do conteúdo material dos tipos penais*, p. 842. No mesmo sentido, SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*, p. 83.

¹²¹ Sobre a constitucionalização do princípio da proporcionalidade, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹²² “Nesses termos, o discurso penal com fundamento constitucional revela a não legitimidade de parte da legislação em vigor, cuja amplitude criminalizante vai de encontro à dimensão material do bem jurídico e à perspectiva garantidora da Constituição, a impulsionar, dessa maneira, a obrigação da descriminalização, ou, não numa vertente vinculativa, menos incisiva, portanto, a firme postura descriminalizante.” (PELARIN, Evandro. *Bem jurídico penal: um debate sobre descriminalização*, p. 20)

¹²³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes: a teoria dos valores constitucionais e a indicação do conteúdo material dos tipos penais*, p. 834.

A dignidade da pessoa humana e a liberdade individual,¹²⁴ como bases do próprio Estado de Democrático de Direito, estão no ápice da escala hierárquica dos valores constitucionais, fundamentando o juízo de proporcionalidade entre o bem digno de intervenção penal e a sanção imposta.¹²⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana,¹²⁶ inerente ao homem como ser, estabelece que o indivíduo é um fim em si mesmo, portanto, consiste no limite mínimo a que está subordinada toda e qualquer legislação, fundamentando o deslocamento do direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, em busca do equilíbrio necessário entre a liberdade e a autoridade.¹²⁷

Todavia, a noção de dignidade penal do bem jurídico não pode ser utilizada como fundamento para um giro legitimante do conceito.¹²⁸ Isso porque é justamente para dar efetividade aos princípios de um direito penal mínimo e garantista, tal como reconhecido em nossa ordem constitucional, que o conceito de bem jurídico deve conservar seu caráter limitador da intervenção punitiva.¹²⁹ Sobre o tema, assevera Juarez Tavares:

O bem jurídico constitui, ao mesmo tempo, objeto de preferência, como valor vinculado à finalidade da ordem jurídica em torno da proteção da pessoa humana, e objeto de referência, como pressuposto de validade da norma, bem como de sua própria eficácia. Neste último caso, ao subordiná-la à demonstração de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico. A doutrina tem normalmente

¹²⁴ Nesse sentido pondera Arnaldo Malheiros que a noção de liberdade é tão preciosa que integra “a própria condição de pessoa” tanto que “Já o Direito Romano considerava a privação do *status libertatis* contrária à natureza, tendo escravos como semoventes, ou seja, coisas e não pessoas”. (MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*, p. 64)

¹²⁵ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*, p. 85.

¹²⁶ Nessa linha, pondera Juarez Tavares que, “no fundo de toda norma penal, por exigência constitucional, derivada da proteção à dignidade da pessoa humana e dos objetivos fundamentais explicitados no art. 3º, subsiste a proteção de bem jurídico, como objeto concretamente apreensível”. (TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 79)

¹²⁷ Pode-se afirmar que a liberdade e a dignidade da pessoa humana consistem na opção de política criminal adotada pela nossa Constituição. (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 73)

¹²⁸ Sobre o tema, é bastante relevante a crítica do professor Hassemer, no sentido de que “o que classificadamente se formulou como um conceito crítico para que o julgador se limite à proteção de bens jurídicos, converteu-se agora numa exigência para que ele penalize determinadas condutas, se transformado, assim, completamente de forma sub-reptícia, a função que originalmente lhe foi assinalada”. (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para la teoría de la imputación en derecho penal*, p. 46-47)

¹²⁹ Essa foi a função que justificou a origem do conceito na concepção de delito sustentada por Feuerbach.

trabalhado, indistintamente, com essas duas categorias, ou modos de expressão do bem jurídico, sem atentar para o fato de que a segunda (objeto de referência) constitui um objeto dependente da primeira (objeto de preferência). Na medida em que se toma o bem jurídico apenas como objeto de referência, é fácil confundi-lo com qualquer função, pois na condição de objeto de referência desempenha o bem jurídico, efetivamente, uma função de validade da norma. A fim de torná-lo objeto de garantia e não simplesmente de incriminação, é indispensável pensá-lo como objeto de preferência, vinculado a um valor.¹³⁰

A principal função¹³¹ a ser desempenhada pela noção de bem jurídico-penal é a de limitar o direito de punir do Estado.¹³² Os bens jurídicos, assim, devem consistir “valores concretos que tornam possível a proteção da pessoa humana, como seu destinatário final, ou que assegurem a sua participação no processo democrático, sem qualquer referência a um dever geral de obediência”.¹³³

Sob o aspecto dogmático, a concepção funcionalista que mais se adapta a esses critérios é a defendida por Zaffaroni, segundo a qual bem jurídico é a relação de disponibilidade de um sujeito para com um objeto.¹³⁴

¹³⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 205. Na mesma linha, FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*, p. 143.

¹³¹ Luiz Régis Prado pondera que as principais funções dos bens jurídicos são: (i) função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado, que opera uma restrição na tarefa própria do legislador, que não pode tipificar a não ser aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo verdadeiros bens jurídicos, limitando a produção de normas penais; (ii) função teleológica ou interpretativa, que condiciona o sentido e o alcance dos tipos penais; (iii) função individualizadora, que estabelece o limite da pena, considerando a gravidade de lesão ao bem jurídico; e (iv) função sistemática, que permite a classificação dos delitos na parte especial do Código Penal de acordo com os bens jurídicos lesados. (PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico e Constituição*, p. 50-51)

¹³² Nesse ponto, interessante o posicionamento de Francesco Palazzo, para quem, diante do inevitável caráter político da escolha do objeto da tutela penal, conceito algum de bem jurídico é suficiente para evitar uma inflação de normas criminalizantes. Para mitigar esse efeito, sugere o autor uma reflexão sobre bem jurídico e tipo de sanção, mediante um critério de *congruenza strutturale-funzionale fra tipologia delle fattispecie e tipologia sancionatoria*, ou seja, propõe que a utilização do direito penal deve considerar não só a questão do objeto de tutela, como também da natureza e finalidade da sanção. (PALAZZO, Francesco. *Bene giuridico e tipi de sanzioni*, p. 228-230)

¹³³ TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 80.

¹³⁴ Para aqueles que criticam a inclusão da disponibilidade como característica essencial do conceito, aduzindo que existem bens jurídicos disponíveis e indisponíveis, ressalva o professor argentino que o significado de disponibilidade não pode ser entendido como destruição, até porque *la destrucción es un límite – poco usual – de la disponibilidad, pero en un estado social y democrático de derecho la forma ordinaria de disponibilidad es el uso o aprovechamiento del objeto de la relación*. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*, p. 489)

Afirma o autor:

El punto de partida que escoge como funcionalidad conceptual el acotamiento del poder punitivo y, por ello, propone un concepto limitativo, no puede menos que ensayarlo sobre la base cercana a la concepción originária liberal del mismo. Hace varais décadas esta idea fue reformulada en términos actuales, caracterizando al bien jurídico como una relación de disponibilidad de una persona con un objeto. Actualmente y conforme a la evolución legislativa, es preferible concebirlo como relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto, toda vez que los sujetos algunas veces no son personas y otras no son personas de existencia actual. En rigor, pese a que por lo común se mencionan los bienes jurídicos conforme a los objetos (patrimonio, libertad, etc.), su esencia consiste en la relación de disponibilidad del sujeto con estos objetos y no en los objetos mismos.¹³⁵

Sob a ótica do professor argentino, o direito penal é livre para elaborar elementos pautadores de reforço à segurança jurídica, entendida como tutela de bens jurídicos, mas não dos bens jurídicos das vítimas de delitos, e sim de todos os cidadãos.¹³⁶

Ressalta Zaffaroni a necessidade de distinção entre “bem jurídico tutelado” e “bem jurídico lesado”, pois a lei penal não tutela bem jurídico algum, a não ser a segurança jurídica como elemento redutor do exercício do poder punitivo. A lei penal apenas descreve um comportamento que lesiona ou expõe a perigo de lesão os referidos bens

O direito penal só verifica a criminalização e a pretensão discursiva de tutelar do ente político (limitando-a as hipóteses de afetação de um bem jurídico); quem verifica a tutela (como verdadeira ou falsa) é a sociologia.¹³⁷ A concepção do autor argentino é importante porque, ao estabelecer a lesão ao bem jurídico como elemento fundamental, limita a intervenção penal, afastando a possibilidade de uma intervenção meramente simbólica.¹³⁸

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*, p. 489.

¹³⁶ Nesse sentido, aduz o autor que *la protección de bienes jurídicos (seguridad jurídica), pero en lugar de caer en la ilusión de que protege los de las víctimas (o los de eventuales víctimas futuras y de momento imaginarias o inexistentes), que asuma el compromiso real de proteger los que son efectivamente amenazados por el crecimiento incontrolado del poder punitivo.* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*, p. 54)

¹³⁷ Sustenta, ainda, Zaffaroni, a necessidade de taxatividade na definição do bem jurídico afetado, pois a afetação do bem jurídico também deve ser interpretada de acordo com os critérios de fragmentariedade.

¹³⁸ Sobre o tema, cf. HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, p. 36.

Além disso, sua posição reafirma que a noção de bem jurídico-penal deve proteger os indivíduos contra o arbítrio do poder punitivo, uma vez que o conceito atua como elemento de legitimação material da intervenção penal, neutralizando a ameaça aos elementos do Estado de Direito e evitando o Estado de Polícia.¹³⁹

Em síntese, o conceito de bem jurídico no âmbito constitucional posto deve: (i) cumprir a tarefa de limitar racionalmente o poder-dever de punir do Estado em conformidade com o regime democrático de um direito penal mínimo e garantista; (ii) corresponder a um valor constitucional fundamental, mesmo que implícito, sendo que a norma incriminadora sem identificação do bem jurídico é inconstitucional materialmente; e (iii) refletir uma realidade pré-jurídica e não uma entidade ideal e desmaterializada.¹⁴⁰

1.3.2 Bem jurídico-penal: teorias quanto à titularidade

Quanto à titularidade do bem jurídico, foram desenvolvidas três principais teorias: (i) teoria monista pessoal; (ii) teoria monista não pessoal e; (iii) teoria dualista.¹⁴¹ Essas concepções têm origem histórica em Ihering,¹⁴² que elaborou uma

¹³⁹ O autor também alerta que, diante de um conceito legitimante de bem jurídico, sequer a noção de *ultima ratio* impediria o prejuízo da característica de fragmentariedade do direito penal, pois a extensão da tutela de *ultima ratio* dependeria de uma decisão política criminalizante, sempre determinada por conjunturas do poder. (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*, p. 54)

¹⁴⁰ Luis Greco defende que “definições de bem jurídico que o transformem em uma entidade ideal, em um valor, em algo espiritual, desmaterializado, são indesejáveis, porque elas aumentam as possibilidades de que se postulem bens jurídicos *à la volonté*, para legitimar qualquer norma que se deseje” continua no sentido de que é “mais desejável trabalhar com um conceito de bem jurídico como realidade”, ressaltando, ainda, que “realidade não é o mesmo que realidade empírica, porque o mundo real não se esgota naquilo que se pode verificar por meio da investigação das ciências naturais: a honra, por exemplo, é uma realidade, apesar de não lhe ser essencial o aspecto empírico”. (GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, p. 106)

¹⁴¹ Cabe ressaltar a crítica de Juarez Tavares sobre a classificação de bens jurídicos quanto ao seu titular, que, segundo o autor seria “além de arbitrária, implica, desde logo, três conseqüências: A primeira, de impor a adoção de um sistema dualista, isto é, de que os bens possam ter origem tanto na órbita individual quanto coletiva ou estatal, conforme sua funcionalidade. A segunda, de incrementar um estado de proteção simbólica desses bens, principalmente quando se trate dos chamados bens coletivos. A terceira, de tornar obscuras suas propriedades, o que reforça sua confusão com as funções, na medida em que estas passem a ser interpretadas como interesses do Estado ou da comunidade em certa organização ou status”. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 216)

teoria tripartida dos sujeitos passivos, dividindo-os entre indivíduos, Estado e Sociedade.

O indivíduo corresponde à pessoa humana, o Estado à entidade jurídica e sociopolítica organizada, tendo como qualidades soberania, povo e território, e a sociedade à identidade humana do Estado, pluralidade de indivíduos que vivem sob o mesmo governo e organização administrativa.

Para os adeptos da teoria monista pessoal, desenvolvida por Hassemer,¹⁴³ a intervenção penal tem como sujeito passivo o indivíduo ou algum interesse a ele reconduzível.

Trata-se de uma concepção antropocêntrica, na qual a principal função do Estado é servir aos interesses dos cidadãos.

Hassemer¹⁴⁴ ressalta que a intervenção penal, em hipótese alguma, pode se desvincular totalmente da esfera pessoal do ser humano, até porque o bem-estar dos cidadãos é a finalidade de uma concepção liberal e democrática do Estado.

Define o professor alemão os bens jurídicos como

*intereses humanos que requieren protección penal. Esto indica, ante todo, que la protección de las instituciones sólo pueden llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona.*¹⁴⁵

¹⁴² SOUZA, Paulo Vinicius de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, p. 285.

¹⁴³ HASSEMER, Winfried. Lineamentos de uma teoria personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, p. 275-285.

¹⁴⁴ Critica o autor o giro legitimante do conceito segundo algumas correntes funcionalistas, giro este ocasionado pelo problema da criminalidade moderna (inclusive a econômica), que trata essencialmente de interesses difusos, mediante a edição de delitos de perigo abstrato. Para Hassemer, essas circunstâncias implicam a dissolução do conceito de bem jurídico, dificultando a crítica sobre tutelas penais excessivamente amplas. Estabelece o autor que uma conduta que ameace um bem jurídico é necessária, mas não suficiente, para a criminalização. O professor alemão acrescenta, dentre outros, os critérios da subsidiariedade (não haver outro meio de solução ao conflito), da danosidade social (afetar a todos e não só à vítima do fato) e da taxatividade dos tipos. O professor alemão, embora reconheça a importância de uma experiência social dos valores orientada pela Constituição, não estabelece um critério concreto para individualização dos bens que seriam dignos da tutela penal; portanto, neste aspecto, não vincula suficientemente o legislador no momento da opção pela criminalização. (HASSEMER, Winfried. Lineamentos de uma teoría personal del bien jurídico. In: _____. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, p. 275-285)

¹⁴⁵ HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. In: _____. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, p. 282.

Todavía, a teoria pessoal de Hassemer não afasta a possibilidade de bens jurídicos supraindividuais (ou universais),¹⁴⁶ apenas os limita àqueles que sejam reconduzíveis à esfera pessoal dos indivíduos, necessários a propiciar ao homem o acesso às possibilidades vitais ao seu desenvolvimento.¹⁴⁷

Ainda sobre os bens supraindividuais, sustenta Hassemer que sua legitimação deve ser especial, mediante mandatos especiais de reserva, e sob esse prisma são hierarquicamente inferiores aos bens jurídicos individuais. Aduz o autor que *cuanto más difícil sea conciliar legítimamente una amenaza penal con un interes humano, tanto más cuidadoso se debe ser con relación a si se debe amenazar penalmente y cómo.*¹⁴⁸

Também o professor Luiz Régis Prado, não obstante exigir que a transgressão ao bem jurídico seja relacionada à esfera individual, admite a existência de bens supraindividuais e os classifica em: (i) bens jurídicos institucionais, nos quais a tutela supraindividual é intermediada por uma pessoa jurídica de direito público (administração pública); (ii) bens jurídicos coletivos, afetam um número determinável de pessoas (saúde pública); (iii) bens jurídicos difusos, caráter plural, atingem um número indeterminado de pessoas (meio ambiente).¹⁴⁹

Já para a teoria monista não pessoal, com origem em Binding,¹⁵⁰ o sujeito passivo dos delitos é sempre o Estado ou a coletividade como um todo indivisível.

¹⁴⁶ *Los bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses – conciliados – del individuo. El fundamento de esta tradición es una concepción liberal del Estado, que no es un fin en sí mismo, sino que solamente debe fomentar el desarrollo y aseguramiento de las posibilidades vitales del hombre.* (HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. In: _____. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, p. 275-285)

¹⁴⁷ Nesse sentido, pondera o autor que *un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero fucionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre.* (HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. In: _____. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, p. 275-285)

¹⁴⁸ HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. In: _____. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, p. 275-285.

¹⁴⁹ Todavía, sempre ressalta o autor que “tanto os bens jurídicos coletivos como os difusos têm como ligação ou referência o indivíduo, por menor que seja (aspecto complementar), que se apresenta mais intensa, menos tênue (bens coletivos), ou menos intensa, mais tênue (bens difusos), dependendo do nível dessa ligação (relação de proximidade). Na verdade, o que fica aqui sufragado é que o indivíduo como pessoa, o cidadão, deve ser sempre o destinatário maior de toda norma jurídica, há de ser a referência última em qualquer bem jurídico”. (PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 97)

¹⁵⁰ BINDING, Karl. Die normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Bd. I Normen und Strafgesetze, p. 340-341 *apud* SOUZA, Paulo Vinicius de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, p. 293-294.

Para essa teoria, todos os bens jurídico-penais têm a natureza metaindividual e, assim, são de titularidade coletiva.

Nessa linha, Jakobs, quanto à titularidade dos bens jurídicos, sustenta que a questão deve ser analisada sob três ângulos: (i) quem é o favorecido final da função protetora; (ii) quais bens merecem e necessitam proteção e; (iii) quem tem a capacidade de dispor do bem.

Quanto ao favorecido final da função protetora, segundo Jakobs, será sempre o Estado.¹⁵¹ Para estabelecer quais bens merecem e necessitam de proteção da norma, sustenta o autor que essa verificação deve partir do interesse público geral e esclarece:

Pode-se questionar de que ponto de vista se deve partir para estabelecer quais bens merecem e necessitam proteção, não importando a quem eles pertençam. Esse ponto de vista é sempre o público, geral, mesmo que se trate da proteção de bens privados, pois quando algo é elevado à categoria de bem jurídico de uma norma jurídico-penal, isso significa, por definição, que sua proteção se converte em função pública.¹⁵²

Quanto a quem tem capacidade de dispor do bem, o autor defende que, independentemente do favorecido final ou da titularidade do bem, sua disponibilidade, em última análise, está ligada ao Estado, por isso pondera:

Acima de tudo, os bens que devem servir ao indivíduo apenas podem ser administrados em comum, de forma que, mesmo em uma abordagem individualista do reconhecimento de bens, não há como evitar a capacidade para dispor do Estado.¹⁵³

Já para a teoria dualista, admitida por Tiedemann,¹⁵⁴ enquanto os bens individuais se referem à pessoa, a titularidade dos bens metaindividuais se divide, em síntese, entre: (i) institucionais, ligados ao Estado; (ii) coletivos, conjunto de pessoas adstrita a determinada classe ou categoria, delimitação do número de interessados por um vínculo jurídico; e (iii) difuso, reunião das pessoas em virtude

¹⁵¹ “A própria proteção do indivíduo (vida, liberdade, etc.) apenas é necessária, porque a sociedade precisa de membros capazes de agir; [...]”. (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 66)

¹⁵² JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 66.

¹⁵³ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 67.

¹⁵⁴ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 73-75.

de fatos genéricos, eventuais e mutáveis, formando grupo fluído e indeterminado não alicerçado em qualquer vínculo jurídico de base.

Para Tiedemann, as classes de bens jurídicos individuais e metaindividuais não são contraditórias, ao contrário, se complementam. Para o autor o que ocorre é uma questão de preponderância. Nos bens jurídicos individuais prepondera o interesse pessoal e nos não individuais, o interesse social.

Sustenta, ainda, parte da doutrina que os bens jurídicos podem ser classificados quanto ao seu caráter pessoal e não pessoal, o que significa que os bens jurídicos pessoais decorrem da esfera essencial da pessoa – aquilo que a pessoa é (vida, integridade física, psíquica); e os não pessoais decorrem da esfera periférica da pessoa – aquilo que a pessoa tem (patrimônio, inviolabilidade do domicílio).¹⁵⁵

Para quem adota essa subdivisão, ela é aplicável, atendendo aos mesmos critérios dos bens jurídicos de titularidade individual e metaindividual, somente ponderando que neste último contexto o ser humano não é considerado individualmente, mas de forma plural e genérica, como coletividade e humanidade.

1.3.3 Bem jurídico-penal: teorias quanto à titularidade – Concepção adotada

A tendência quanto à titularidade do bem jurídico reflete o modelo de Estado adotado.

É certo que na concepção do Estado Absoluto ou em regimes autoritários, houve a preponderância do interesse coletivo, que restou afastada na concepção do Estado Liberal, no qual existia a primazia dos direitos e garantias individuais.

Essa conotação coletiva restou reprimada na concepção do Estado Social através do mecanismo de garantias coletivas (*Welfare State*),¹⁵⁶ com o objetivo de corrigir o individualismo exacerbado do sistema liberal.

¹⁵⁵ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais, p. 317.

¹⁵⁶ Ivan Martins Motta chega a sustentar que com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social surgiram bens jurídicos especiais e assessórios, não essenciais e nem ligados diretamente à vida da pessoa humana (bens nucleares), mas necessários à manutenção da complexa vida social atual. (MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*, p. 123)

No âmbito do Estado Democrático de Direito, no que tange à titularidade dos bens jurídico-penais, acreditamos que a melhor posição é a da teoria monista pessoal de Hassemer, também sustentada entre nós pelo professor Luiz Régis Prado.¹⁵⁷

Segundo essa concepção a noção de bem jurídico-penal exige, necessariamente, um conteúdo axiológico que seja reconduzível à pessoa humana¹⁵⁸ e, ainda, que a norma incriminadora descreva em concreto os bens jurídicos a serem lesados, sob pena de ilegitimidade.¹⁵⁹

Nesse sentido, a concepção monista não pessoal, com origem em Binding e atualmente sustentada por Jakobs, parece violar frontalmente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, já que o ser humano não pode ser utilizado como mero instrumento.

Quanto à teoria dualista, defendida por Tiedemann, enseja o risco de confusão conceitual entre bens e as meras funções estatais (criação de falsos bens jurídicos), uma vez que essa linha sugere uma autonomia dos bens jurídicos supraindividuais, que podem subsistir independentemente de sua recondução à esfera do indivíduo.¹⁶⁰

Ressalte-se, todavia, que a adoção da teoria monista pessoal, ao contrário do que se pretende afirmar,¹⁶¹ não exclui ou prejudica a possibilidade de intervenção penal legitimada por bens metaindividuais, apenas os limita às hipóteses em que seja possível sua recondução à esfera pessoal do indivíduo.

Essa concepção não abandona a intervenção penal justificada por bens jurídicos coletivos e difusos, mas os submete a “especiais mandatos de

¹⁵⁷ HASSEMER, Winfried. Lineamentos de uma teoria personal del bien jurídico. In: _____. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, p. 275-285. PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 97. No mesmo sentido SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, p. 315.

¹⁵⁸ Nesse sentido, SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*, p. 91.

¹⁵⁹ HASSEMER, Winfried. Lineamentos de uma teoría personal del bien jurídico. In: _____. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, p. 275-285.

¹⁶⁰ Na mesma linha, pondera Ferrajoli que “nosso princípio da lesividade permite considerar ‘bens’ somente aqueles cuja lesão se concretiza em um ataque lesivo a outras pessoas de carne e osso”. (Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 439)

¹⁶¹ Cf. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, p.104-105.

moderação”,¹⁶² pois devem estar integrados à satisfação pessoal de um indivíduo ou de um grupo deles.¹⁶³

A adoção da teoria monista pessoal quanto à titularidade do bem jurídico é de extrema importância para este estudo, já que orienta a noção do conceito-dogmático de direito penal econômico.

Em síntese, adotando-se a teoria constitucional mista (quanto ao limite) e a teoria monista pessoal (quanto à titularidade), os dois pilares para um conceito de bem jurídico-penal adequado ao modelo de Estado Democrático de Direito são: (i) natureza de direito fundamental constitucional do valor protegido; e (ii) vinculação à satisfação de um interesse individual ou a ele reconduzível.¹⁶⁴

Nesse diapasão, bem jurídico-penal, como um dos elementos do tipo (objeto de proteção), deve ser um “bem, interesse ou valor socialmente reconhecido a partir de uma necessidade humana, surgida da experiência concreta da vida”.¹⁶⁵

Essa noção de bem jurídico espelha, portanto, a relação de disponibilidade de um indivíduo para com um valor pré-normativo, reconhecido constitucionalmente, diante de sua inegável relevância social, cujo interesse do

¹⁶² Sobre esse aspecto, o autor consigna que a inclusão de bens jurídicos coletivos ou do Estado não desnatura o conteúdo estritamente pessoal desses bens, já que todas as normas de proteção de bem jurídico tem como destinatário final o ser humano. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2000, p. 182)

¹⁶³ GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*, p. 152.

¹⁶⁴ Também sob esse enfoque, Juarez Tavares assevera que “a percepção de um bem jurídico passa, portanto, por duas fases seqüenciais. A primeira, de corresponder ao processo de redução individual. A segunda, de elencar suas características ou propriedades de dispor acerca dos princípios normativos de sua delimitação. No caminho da primeira seqüência, só poderá ser reconduzido como bem jurídico o que possa ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana, quer dizer, para ser tomado como bem jurídico será preciso que determinado valor possa implicar, direta ou indiretamente, um interesse individual correspondente a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas indistinguíveis[...] Na segunda seqüência, tem-se que estabelecer aquilo que constitua as propriedades essenciais de um bem jurídico e elencar os princípios normativos que devam incidir sobre essas propriedades para delimitar-lhes o alcance e precisar-lhe o conteúdo[...] Com isso só será caracterizado como bem jurídico aquilo que possa ser concretamente lesado ou posto em perigo, mas de tal modo que a afirmação dessa lesão ou desse perigo, seja suscetível de um procedimento de contestação”. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 217-218, 221)

¹⁶⁵ GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*, p. 143. Nesse sentido, para ele, bem é “algo positivamente valorado em razão de sua necessidade”; interesse seria “vínculo psíquico-valorativo estabelecido entre bem e sujeito”; valor é o “resultado da apreciação da utilidade do bem relativamente ao interesse e à necessidade”, ou ainda “qualidade, atributo do bem, aferido por meio de um juízo humano de conclusão, em favor da utilidade constatada do bem, o converte em interesse”. (GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*, p. 29, 31, 34)

Estado se revela mediante a tipificação penal de condutas que o afetam ou o expõem a risco concreto de afetação.¹⁶⁶

Esse instituto desempenha, portanto, caráter limitador do poder punitivo, já que consiste em elemento essencial para a legitimação material da intervenção penal.

¹⁶⁶ Juarez Travares, sobre a necessidade de relevância social, assevera que “a exigência de uma delimitação da intervenção do Estado, igualmente no âmbito do processo de socialização, ou dessocialização, e não apenas no âmbito causal da produção de efeitos, deflui da necessidade de situar o bem jurídico, não apenas agora, como objeto de preferência ou de referência, mas sim como instrumento de discussão da legitimidade do próprio direito de punir.” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 224)

2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

2.1 NORMA: PRINCÍPIOS E REGRAS

Neste segundo capítulo, destacamos as funções desempenhadas pelo princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito.

O princípio da legalidade é, antes de tudo, uma norma. Entretanto, na categoria de normas, além dos princípios encontram-se as regras. Assim, para facilitar a compreensão do tema, faz-se necessário estudar o significado de norma (gênero), princípios e regras (espécies).

A norma “pressupõe a idéia de normalidade, ou seja, a conformidade com um padrão determinado que, ‘estatisticamente’, é o que se repete na maioria das vezes ou determinado padrão normalmente tolerado pela sociedade”.¹⁶⁷

Normas são, portanto, diretrizes orientadoras do atuar humano, oriundas das mais diversas fontes, podendo ser naturais, sociais ou jurídicas.

Enquanto as normas naturais são imutáveis, cabendo ao homem apenas conhecê-las, as normas sociais¹⁶⁸ têm como características principais a abstração e a generalidade, uma vez que todos os indivíduos que fazem parte de determinado corpo social devem por elas ser atingidos.¹⁶⁹

Para efeitos deste estudo, serão consideradas, especificamente, as normas jurídicas, cuja definição necessita ser sólida o suficiente para determinar um significado e, ao mesmo tempo, compatível com a função de abranger o maior número possível de problemas referentes ao conceito em si.

¹⁶⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 33.

¹⁶⁸ Estas se subdividem em: (i) religiosas – deveres de cada um diante da divindade; (ii) éticas – deveres de cada um diante do semelhante; e (iii) jurídicas – necessidade de sua observância para o equilíbrio social, sendo garantidas por uma sanção e emanadas do poder público.

¹⁶⁹ A diferença entre as normas morais (religiosas e éticas) e as jurídicas, se dá pela forma como a obrigação atua e pelo resultado da sua inobservância. Enquanto as normas morais geram uma obrigação principal de pensamento e secundária de conduta, obrigam a consciência do indivíduo primariamente, as normas jurídicas têm por finalidade impedir ou impor determinada conduta, independentemente de adesão subjetiva, valorando, primariamente, o agir, e não o pensar. Quanto às consequências, enquanto as normas morais se circunscrevem à atuação interna do indivíduo, implicando a restrição à liberdade interna, as normas jurídicas atuam sobre a liberdade externa, impondo uma reprimenda ou sanção que nada influenciará quanto à vontade do agente. (Cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 33-39)

Pretendendo atender a tais requisitos, Robert Alexy sustenta um “conceito semântico” que pressupõe o reconhecimento da diferença entre norma e enunciado normativo. Para o conceito semântico, norma é o significado do enunciado normativo que, por sua vez, é a expressão da norma.¹⁷⁰

Sustenta o autor alemão que toda norma pode ser expressa por um ou mais enunciados normativos e, ainda, que existem normas que podem ser expressas sem a necessidade de um enunciado normativo (cita o exemplo de um semáforo de trânsito). Assim, o conceito de norma precede o conceito de enunciado normativo.¹⁷¹

Alexy defende que, para identificar a norma representada pelo enunciado normativo, deve-se recorrer, de forma pragmática, às modalidades deônticas representadas pelo dever, proibição e permissão.

Exposto o conceito semântico de norma, necessário, ainda, distinguir suas estruturas teóricas, estabelecendo os conceitos de princípios e regras.¹⁷² O critério mais utilizado é o da generalidade, segundo o qual princípios são normas com grau de generalidade mais amplo em comparação às regras.

Todavia, a doutrina também se vale de outros requisitos, tais como: (i) determinabilidade dos casos de aplicação; (ii) forma de seu surgimento (normas criadas ou desenvolvidas); (iii) caráter explícito de seu conteúdo axiológico; (iv) referência à ideia de direito e à importância para ordem jurídica; (v) serem razões para as regras ou as próprias regras; e (vi) constituírem normas de argumentação ou de comportamento.¹⁷³

Para Alexy, os critérios tradicionais levam a três caminhos: (i) impossibilidade de diferenciação diante da diversidade de critérios existentes; (ii) diferenciação possível, mas somente no que tange ao grau de generalidade; e (iii)

¹⁷⁰ Para o autor, o conceito semântico é o mais adequado ao Direito (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 54-60). Em posição similar o professor Humberto Ávila afirma que “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 30)

¹⁷¹ Sob esse prisma, é fato que não existe correspondência direta entre a norma e o dispositivo, já que nem sempre que houver uma norma haverá um dispositivo e nem sempre que houver um dispositivo haverá uma norma. Aliás, poderá haver vários dispositivos e apenas uma norma ou, ainda, várias normas em um único dispositivo.

¹⁷² Sobre a importância dessa distinção cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 85.

¹⁷³ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 35-36. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 88-89.

existência de uma diferença gradativa e qualitativa entre regras e princípios (tese adotada pelo autor).

Nesse sentido, para o autor, princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, são “mandamentos de otimização”. As regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, são “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.¹⁷⁴

Na sua concepção, os princípios não têm um mandamento definitivo, apenas indicam *prima facie* uma direção de comportamento, que exprime razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. As regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, possuem uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, bem como têm caráter mais definitivo.

No que tange à distinção entre conflitos¹⁷⁵ de regras e colisões de princípios, sugere o autor que no primeiro caso deve haver a criação de uma cláusula de exclusão ou exceção, de modo que a aplicação de uma elimine a outra (eliminando o conflito) ou, ainda, que uma delas seja declarada inválida.

Já para o caso de colisão entre princípios, um deles terá de ceder sem, entretanto, ser estabelecido que o princípio cedente deva ser declarado inválido, tampouco que nele seja incluída uma cláusula de exceção.¹⁷⁶ É questão de valoração.

Conclui Alexy que “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorre, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”.¹⁷⁷

Na concepção de Roland Dworkin, as regras são aplicadas ao modo de tudo ou nada (*all-or-nothing*). Para o autor, se está preenchida a hipótese de

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90-91.

¹⁷⁵ Conflito é a situação em que duas normas, aplicadas de forma isolada, levam a resultados incompatíveis entre si.

¹⁷⁶ Nessa linha, para Alexy o sopesamento de princípios deve ser feito sob as três máximas da proporcionalidade, ou seja, adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito – relativização em face das possibilidades jurídicas). A definição sobre qual princípio deve ter precedência será determinada pelo caso concreto, no qual se estabelecerá uma “lei de colisão”, esclarecendo as “condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro”. É possível até mesmo que em circunstâncias distintas a colisão entre os mesmos princípios seja resolvida de forma diversa. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 121)

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 94.

incidência de uma regra, ou ela é válida e deve ser aplicada, sendo sua consequência normativa aceita, ou deve ser considerada inválida. Portanto, no caso de colisão de regras, uma delas deverá, necessariamente, ser considerada inválida.¹⁷⁸

Já com relação aos princípios, entende o filósofo americano que eles não determinam absolutamente a decisão, apenas contêm fundamentos que devem ser confrontados com fundamentos oriundos de outros princípios.

Conclui Dworkin que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso, sendo certo que na hipótese de colisão o de peso maior deve prevalecer sem que quaisquer deles perca sua validade.¹⁷⁹

As análises de Robert Alexy e Roland Dworkin diferem das tradicionais, porque não se baseiam em mera distinção de grau, mas consideram a estrutura lógica de cada categoria.

Humberto Ávila critica todos os critérios de distinção entre regras e princípios expostos, que ele classifica como: (i) critério de caráter hipotético-condicional, o fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão e os princípios, apenas, indicarem o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, em momento posterior, encontrar a regra para o caso concreto; (ii) critério do modo final de aplicação, que corresponde às regras serem aplicadas de forma absoluta (tudo ou nada) e princípios de modo gradual (mais ou menos); (iii) critério de relacionamento normativo, ideia de antinomia entre as regras que consiste em verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma delas ou a criação de uma exceção, ao passo que a colisão entre os princípios seria solucionável mediante ponderação, que atribui uma dimensão de peso para cada um deles; e (iv) critério de fundamento axiológico, a considerar os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos da decisão a ser tomada.¹⁸⁰

O autor propõe a superação do modelo bipartido de regras e princípios e sugere a adoção de uma estrutura tripartite, com o acréscimo da categoria de postulados, cuja finalidade é instrumentalizar a aplicação dos princípios e regras.¹⁸¹

¹⁷⁸ DWORKING, Roland. *Levando os direitos a sério*, p. 23-126.

¹⁷⁹ DWORKING, Roland. *Levando os direitos a sério*, p. 23-126.

¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 39-61.

¹⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 71.

Para ele, a dimensão das regras seria comportamental; a dos princípios, finalística; e a dos postulados, metódica, uma vez que

as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Já os princípios

são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹⁸²

Os postulados, por sua vez, são “normas sobre aplicação de outras normas”, consistem em “metanormas” ou “normas de segundo grau”.¹⁸³

Humberto Ávila¹⁸⁴ ressalta a importância das regras para a “segurança das pessoas” e para a “eficiência das decisões”, que não seriam “normas de segunda categoria” e rechaça a orientação de obediência às regras simplesmente centrada na ideia de autoridade. Estabelece, assim, uma conexão entre as regras, os princípios e, via de consequência, os valores por estes representados.¹⁸⁵

Sobre esse ponto, tanto Alexy¹⁸⁶ quanto Ávila,¹⁸⁷ embora ressaltem que os conceitos de valor e princípio não se confundem, já que enquanto o primeiro deve ser considerado no plano subjetivo e axiológico (algo bom) e o segundo deve ser

¹⁸² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 79.

¹⁸³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 124.

¹⁸⁴ O autor leciona que um mesmo dispositivo, diante da interpretação e das peculiaridades de cada caso concreto, pode instituir uma regra ou um princípio, hipótese que ele denomina de “alternativa inclusiva”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 90)

¹⁸⁵ Tanto que admite a superabilidade das regras em razão de “valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico”. A nosso sentir, a orientação referente aos valores pode ser desempenhada justamente pelos princípios que, portanto, em determinadas hipóteses, constituem o fundamento para a superabilidade da aplicação das regras. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 114)

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 153.

¹⁸⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 80.

analisado sob o prisma deontológico (dever, proibição, permissão ou direito),¹⁸⁸ reconhecem que os princípios espelham valores.

Destarte, para os autores, a noção de princípio exprime uma finalidade, um conteúdo desejado, um estado a ser atingido¹⁸⁹, representativo de um valor que, no contexto de um Estado de Direito, vincula, de forma inequívoca, toda a atividade estatal. É sob esse enfoque a noção de princípio adotada pelo nosso estudo.

A norma jurídica não pode ser justificada pela simples autoridade, mas deve estar fundamentada tanto em raízes axiológicas (representadas pelos princípios), quanto a aspectos formais de validade (representados pelas regras).

São essas vinculações que orientam a dupla conotação da legalidade penal, sobre a qual passamos a dissertar.

2.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – BREVE HISTÓRICO

A origem histórica do princípio da legalidade,¹⁹⁰ nos termos em que é modernamente conhecido, remonta ao pensamento iluminista do século XVII.¹⁹¹

¹⁸⁸ Nesse sentido, registra Ávila que “os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 80)

¹⁸⁹ Nesse sentido, as ponderações de Ávila de que os princípios podem desempenhar várias funções: (i) função integrativa – “na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios e regras”; (ii) função definitiva – “na medida em que delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior”; (iii) função interpretativa – “na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus princípios”; (iv) função bloqueadora – “porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido”; e (v) função rearticuladora – “já que eles permitem a interação entre vários elementos que compõe o estado ideal de coisas a ser buscado”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 97-99)

¹⁹⁰ Também conhecido por princípio da estrita legalidade, princípio da reserva legal ou princípio da intervenção legalizada.

¹⁹¹ As opiniões são divergentes quanto à sua origem remota, havendo doutrinadores que sustentam suas raízes no Direito Romano, na Carta Magna Inglesa de 1215 ou no Direito Medieval (Cf. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, p. 18-20). De se consignar, ainda, a posição de Luigi Ferrajoli, segundo a qual “sem adentrar numa reconstrução histórica, creio que se pode afirmar que enquanto o princípio da mera legalidade remonta ao direito romano, o princípio da estrita legalidade é obra do pensamento iluminista”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 352)

Foi nesse período que se desenvolveu a noção de que a lei deveria desempenhar papel de controle sobre a arbitrariedade estatal absolutista, sendo a atuação do Estado limitada pelo Direito.¹⁹²

Desde então, Cesare Beccaria assevera que a noção da legalidade é essencial para efeito de um Estado garantidor das liberdades individuais, consistindo num “dogma político em que os povos deveriam acreditar e que os supremos magistrados deveriam apregoar com a incorruptível proteção das leis, dogma sagrado, sem o qual não pode haver sociedade legítima”.¹⁹³

No plano legislativo, o princípio vem sendo reconhecido desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1798,¹⁹⁴ embora a sua expressão, na forma em que é conhecida atualmente, tenha sido formulada por Anselm von Feuerbach, em 1801.¹⁹⁵

O princípio da legalidade passou por momentos de crise,¹⁹⁶ dentre os quais podemos destacar, no século XX, os exemplos da Alemanha nazista de 1935, onde se passou a admitir punições, independentemente da previsão legal, nos casos de comportamentos violadores do “são sentimento do povo alemão”, bem como da Rússia Soviética, onde se permitia a punição de um ato “socialmente perigoso”, mesmo que não previsto em lei.¹⁹⁷

¹⁹² Nesse sentido, GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, p. 154. Na mesma linha, quanto às origens do princípio a partir da Revolução Francesa, cf. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*, p. 32.

¹⁹³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 43-44.

¹⁹⁴ “Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por estas prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrarias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência”. (Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-el%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 20 fev. 2011)

¹⁹⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal*: común vigente en Alemania, p. 55.

¹⁹⁶ Nesse sentido, BATISTA, Nilo. Bases constitucionais do princípio da reserva legal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, p. 54.

¹⁹⁷ A supremacia do princípio da legalidade retorna à Alemanha com o fracasso do nazismo, em 1946, tendo sido reafirmada pela Segunda Lei de Reforma da Lei Penal, datada de 1969 e vigente desde 1975. Na Rússia, a noção de legalidade é recuperada logo após a era stalinista, em 1958. (LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, p. 20-21)

Também no Brasil¹⁹⁸ o princípio da legalidade passou por sua crise na Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 1937, que, em seu art. 123,¹⁹⁹ mitigava suas premissas sempre que necessária a defesa do “bem público, das necessidades de defesa do bem-estar, da ordem coletiva e da segurança da nação e do Estado”.²⁰⁰

No plano teórico-penal, importante destacar a contribuição de Ernest von Beling,²⁰¹ que ressalta o papel a ser desempenhado pela tipicidade contra a insegurança jurídica.

2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: CONCEPÇÃO ATUAL

Atualmente o princípio da legalidade é admitido por todas as comunidades que se organizam na forma de Estado Democrático de Direito,²⁰² seja

¹⁹⁸ No Brasil o princípio da legalidade figurou em vários textos constitucionais, a saber: (i) 1824-artigo 179, inciso XI; (ii) 1891, no artigo 72, §15; (iii) 1934, no artigo 113, inciso XXVI; (iv) 1946, no artigo 141, § 27; (v) 1967, no art. 150, §16; (vi) EC n. 1, de 1969, no artigo 153, §16; e (vii) 1988, no artigo 5.º, incisos II e XXXIX (Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>. Acesso em: 21 fev. 2011) No âmbito infraconstitucional, o princípio da legalidade foi admitido: (i) no Código Criminal de 1830, artigo 1.º; (ii) Código Penal de 1890, artigo 1.º; (iii) Consolidação das Leis Penais Decreto 22.213/32, artigo 1.º; (iv) pelo Código Penal de 1940, artigo 1º (Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica#content>. Acesso em: 21 fev. 2011)

¹⁹⁹ “Art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em: 21 fev. 2011)

²⁰⁰ Note-se, portanto, que a proposta de relativização do princípio da legalidade mediante a utilização de conceitos fluídos e indeterminados sob o pretexto de defesa de ditos interesses coletivos e sociais, apesar de colocado com roupagem nova como forma de tutelar os novos perigos oriundos de uma suposta sociedade de risco, remonta a passado nada saudoso. Também no âmbito da história mundial, esta técnica foi utilizada para legitimar a segregação proposta pelo regime do Apartheid na África do Sul. (MATUTE, Javier Donde. *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, p. 206)

²⁰¹ Cf. BELING, Ernest von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del tipo*. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires, Depalma, 1944 *apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 141.

²⁰² O princípio é reconhecido, também, em âmbito internacional, em textos tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966; a Resolução n. 45/110, da Assembleia Geral da ONU de 1990; o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de Nova Iorque, de 1992; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica –, de 1992. Sobre a aplicação do instituto no

no âmbito constitucional ou infraconstitucional,²⁰³ com algumas ressalvas no que tange àqueles que adotam ordenamento jurídico com base no sistema da *common Law*.²⁰⁴

No Brasil, o princípio da legalidade está expressamente previsto nos incisos II e XXXIX do art. 5º da Constituição, no seu Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais,²⁰⁵ sendo reafirmado no art. 1º do Código Penal, sempre na concepção clássica de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei e de que não há crime nem pena sem lei prévia que os estabeleça.

O princípio da legalidade penal consiste, portanto, em prerrogativa nuclear básica de limite à intervenção penal no Estado Democrático de Direito, porque desempenha uma série de funções mitigadoras do poder punitivo estatal.²⁰⁶ E nem poderia ser de outra forma, já que o princípio da legalidade, na sua concepção atual, decorre da noção de Estado de Direito e, mais especificamente, da estrutura de separação do exercício do poder nas esferas do Executivo, Legislativo e Judiciário.

A importância da denominada estrutura tripartite²⁰⁷ reside no fato de que, caso o poder de editar as leis, de aplicá-las, bem como de administrar o Estado,

âmbito internacional, Javier Donde Matute, que, entretanto, ressalta que o princípio, apesar de reconhecido em vários tratados internacionais, é analisado, no âmbito interno de cada país, sob perspectivas diferentes. (Cf. MATUTE Javier Donde. *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, p. 213-245)

²⁰³ Sobre as vantagens de o princípio ter previsão constitucional expressa, já que nessas hipóteses *nunca podrá salirse de la concepción constitucional prevista*. (MATUTE, Javier Donde. *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, p. 209-211)

²⁰⁴ Tais ressalvas, entretanto, não alteram os pontos centrais do princípio. Nesse sentido, GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, p. 157, e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p. 118.

²⁰⁵ Sobre a importância da localização do princípio como garantia fundamental, cf. BATISTA, Nilo. Bases constitucionais do princípio da reserva legal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, p. 55. Embora o texto tenha sido escrito antes da Constituição de 1988, seu conteúdo é aplicável ao contexto, diante da manutenção da legalidade como garantia fundamental na condição, inclusive, de cláusula pétrea.

²⁰⁶ *Estado de derecho y derecho penal: una relación que significa en primer lugar – como ya hemos anticipado – legalidad de delitos y penas, esto es, tendencial concentración del poder punitivo en las manos del legislador con exclusión o reducción al mínimo del papel del poder ejecutivo y del judicial* (PALAZZO, Francesco. *Estado constitucional de derecho y derecho penal*, p. 50). No mesmo sentido, GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, p. 160; e, ainda, BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema à luz do princípio da legalidade*, p. 41.

²⁰⁷ Consagrada, historicamente, na obra o *Espírito das Leis*, de Montesquieu, na Constituição Americana de 1787, na Carta Francesa de 1791 e, no Brasil, em todas as Constituições, exceto na de 1937.

estivesse concentrado num só órgão ou pessoa, inquestionável o risco às liberdades dos cidadãos. Uma estrutura assim orientada permitiria ao detentor do poder isentar-se do cumprimento das próprias normas. Em última instância, retornar-se-ia àquela já superada estrutura absolutista.²⁰⁸

Na estrutura de separação dos poderes, caberá a um órgão do Estado a criação das leis (reforçando a noção de soberania popular, já que o legislativo deve ser eleito pelo povo, o qual representa); a outro, o controle sobre sua aplicação (reforçando a noção de imparcialidade da aplicação das normas, uma vez que quem as aplica não é quem as elabora)²⁰⁹ e a um terceiro, o exercício das tarefas administrativas (órgão este que, além de não poder criar ou aplicar as normas, também estará sujeito aos seus preceitos), tudo de modo que o exercício do poder seja harmonicamente dividido entre eles.

Sendo o princípio da legalidade um subprincípio do Estado de Direito²¹⁰ que, por sua vez, impõe um modelo tripartido de poder, a legalidade regula toda atividade estatal, seja ela administrativa, seja legislativa ou judicante.

Essa regulação, entretanto, tal como deve ser interpretada de modo contextual, não se limita ao ponto de vista meramente formal, ou seja, como mera regra de competência (validade dos atos estatais vinculada à sua emissão pela autoridade competente e com a observância da forma legal). Abrange, também, um sentido material, como instrumento vinculador do próprio legislador, haja vista que a liberdade dos indivíduos somente poderá ser restringida mediante a imposição de normas proibitivas legitimadas pela necessidade de manutenção dos direitos fundamentais dos seus indivíduos.²¹¹

²⁰⁸ Sobre os riscos desse caminho, Rousseau assevera que “se aquele que governa os homens não deve governar as leis, o que governa as leis não deve também governar os homens: de outra forma, suas leis, instrumentos de suas paixões, frequentemente não fariam mais do que perpetuar suas injustiças e jamais ele poderia evitar que pontos de vista particulares alterassem a integridade de sua obra”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ensaio sobre a origem das línguas; discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; discurso sobre as ciências e as artes*, p. 57, nota 176)

²⁰⁹ Nesse contexto, o Poder Judiciário também desempenha, sob o prisma jurisdicional, a importante função de fiscalizar o processo de aplicação das leis conforme os critérios predeterminados pelo Poder Legislativo, ou seja, o respeito à noção do devido processo legal.

²¹⁰ Sobre o tema, cf. BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema à luz do princípio da legalidade*, p. 69.

²¹¹ Sobre o tema, Ferrajoli aduz que “no Estado de direito o princípio da sujeição não só formal como também material da lei (ordinária) à lei (constitucional), possui um valor teórico geral, do qual resulta a diferente estrutura lógica das implicações mediante as quais formulamos o princípio de mera e o de estrita legalidade”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 350)

A noção atual da legalidade implica o reconhecimento de uma permissividade pré-jurídica (direitos inerentes à pessoa não outorgados pelo Estado) como regra orientadora do Estado de Direito, permissividade esta que somente pode ser mitigada (mediante proibições) excepcionalmente, visando preservar e respeitar os direitos e garantias individuais.²¹²

Reconhecendo esse caráter dicotômico da legalidade,²¹³ o jurista e filósofo Luigi Ferrajoli divide a noção do princípio em duas categorias:²¹⁴ (i) estrita legalidade;²¹⁵ e (ii) mera legalidade.²¹⁶

Segundo o professor italiano, a estrita legalidade desempenha a função de garantia material,²¹⁷ exigindo da lei penal referências empíricas que tornem possível sua aplicação concreta.

Trata-se de verdadeira “metanorma que condiciona a validade das leis vigentes”,²¹⁸ sendo certo que *su valor consiste, sin embargo, en ofrecer no sólo un criterio de legitimación o justificación de la violencia penal sino también – y diría*

²¹² Nesse sentido, merece destaque a posição de Francisco Assis de Toledo, que expõe o fundamento do princípio da legalidade na “idéia de que há direitos inerentes à pessoa humana que não são nem precisam ser outorgados pelo Estado”. (TOLEDO, Francisco de Assis de. *Princípios básicos de direito penal*, p. 22)

²¹³ Em posição similar, mas com nomenclatura diversa, Raúl Eugenio Zaffaroni, na categoria de “Límites derivados de la función política”, adverte sobre a existência de “princípios limitativos” que divide em três ordens: (a) *Los que constituyen el conjunto de manifestaciones particulares del general principio de legalidad o de máximo de legalidad.* (b) *Los que excluyen toda pretensión punitiva que incurra en grossera incompatibilidad con los Derechos Humanos.* (c) *Los que limitan la criminalización, derivándose en forma directa del principio del estado de derecho o del principio republicano de gobierno* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p. 111). Na primeira categoria inclui o autor princípios tais como o princípio da legalidade formal, da máxima taxatividade legal e interpretativa e da irretroatividade. Na segunda, dentre outros, princípio da lesividade, da proporcionalidade, da intervenção mínima, da humanidade e da proibição de dupla punição. Na terceira, sempre a título de exemplo, a necessidade de limitação material, a superioridade ética do Estado e a culpabilidade.

²¹⁴ Na mesma linha, mas também com nomenclatura diversa, Cláudio Brandão assevera que “Podemos investigar o princípio da legalidade de dois ângulos, um político e outro jurídico”. (BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema à luz do princípio da legalidade*, p. 10)

²¹⁵ Define o instituto da estrita legalidade como “reserva absoluta de lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 39)

²¹⁶ Define o instituto da mera legalidade como “norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 39)

²¹⁷ Sobre a concepção material do princípio cf. GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, p. 159.

²¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 349.

*sobre todo – un critério de deslegitimación de la violencia legal supeflua, sea penal o no penal.*²¹⁹

Na lição de Ferrajoli, a legalidade estrita exige como seu pressuposto

todas as demais garantias – as penais (ou substanciais) da materialidade da ação, da lesividade do resultado e da culpabilidade, e as processuais (ou instrumentais) da presunção de inocência, do ônus da prova e do direito de defesa.

[...].

Uma completa caracterização do princípio de estrita legalidade remete-nos à teoria geral do direito e do processo e à análise de cada uma das garantias penais e processuais – nas quais se substancia e implicadas por ele como condições específicas de validade das leis e dos juízos penais.²²⁰

Nessa concepção, com a qual concordamos, destaca-se e amplia-se a função de garantia do princípio da legalidade, que, como uma norma de princípio constitucional de direito fundamental, acaba por ser instrumento de aplicação e concretização de todo o sistema de garantias imprescindíveis ao Estado de Direito.

Sob o prisma da estrita legalidade ou da legalidade material, o princípio consiste no reconhecimento de uma política criminal de um direito penal mínimo (subsidiário), na qual há necessidade de que o delito consista na descrição de condutas que impliquem lesão ou perigo (concreto) de lesão a bens jurídico-penais de dignidade constitucional.²²¹

Todavia, como muito bem observado por Ferrajoli,²²² a concretização dessa função de garantia material seria impossível caso o princípio da legalidade

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, p. 92-93.

²²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p.349-354.

²²¹ Sobre o papel da legalidade estrita ou material, pondera Ferrajoli que “Esta é a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado “de direito” do direito penal dos Estados simplesmente “legais”, nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei. E é essa diferença que hoje marca o critério de distinção entre garantismo e autoritarismo penal, entre formalismo e substancialismo jurídico, entre direito penal mínimo e direito penal máximo”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 349)

²²² Ferrajoli sintetiza as funções da mera legalidade e da legalidade estrita no sentido de que “Graças ao primeiro a lei é condicionante e ao segundo condicionada”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 93)

não desempenhasse, também, a função de impor limites à forma como se dá a atuação estatal previamente legitimada.²²³

Nesse sentido, mais uma vez a lição do jurista italiano, ao afirmar que a mera legalidade, “ao enunciar as condições de existência ou de vigência de qualquer norma jurídica, é um princípio geral de direito público”²²⁴ que desempenha uma função de garantia formal, uma vez que exige que os pressupostos da pena sejam estabelecidos, previamente, por um ato legislativo (com todos os requisitos a ele inerentes – regular processo legislativo).

Sobre a necessidade dessa dupla concepção da legalidade, material e formal, como elemento limitador do poder punitivo do Estado, também, a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni no sentido de que a mera contenção formal, embora essencial, *es insuficiente* devendo ser completada *con fronteras de contenido (o materiales)*,²²⁵ até porque reconhece o autor que o mero limite formal permite criminalizações que *redundan en un fortalecimiento tan enorme del estado de policía, que hace necesario que se les oponga un principio limitador.*²²⁶

Dúvida não há, portanto, de que o valor a ser perseguido pela aplicação do princípio da legalidade, sob os seus dois prismas conjugados, é o de promover o ideal da segurança jurídica, de modo que a intervenção penal seja regulada por normas que encontrem legitimação material e cuja forma de aplicação permita, previamente, aos integrantes da sociedade, a ciência e compreensão do seu conteúdo.²²⁷

O valor da segurança, aplicável às relações entre os cidadãos, com muito mais razão, deve reger as relações entre os indivíduos e o Estado.²²⁸

²²³ Sobre a sua concepção formal, BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema à luz do princípio da legalidade*, p. 72.

²²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 349.

²²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general. Derecho penal: parte general*, p. 136.

²²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general. Derecho penal: parte general*, p. 135.

²²⁷ Rosa Maria Cardoso da Cunha, embora afirme que o princípio não é apto a atingir sua finalidade, reconhece que, sob o prisma dogmático, a legalidade tem como objetivo assegurar a segurança jurídica. (CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*, p. 57-58)

²²⁸ Exatamente sobre essa constatação, Andrei Zenkner Schmidt é de clareza ímpar ao sustentar que “Assim como os homens, em sua relação com a natureza, somente se orientam na medida em que podem encontrar regularidades, do mesmo modo, a orientação dos ‘contatos sociais’ somente resulta possível se não há que contar, a cada momento, com qualquer comportamento imprevisível de outra pessoa. Do contrário, cada ‘contato social’ converter-se-ia num risco imensurável, restando ao homem o melhor caminho do isolamento.” (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 114)

O poder público, para desempenhar sua função de restringir uma parcela da liberdade dos indivíduos, tem a obrigação de, de forma antecipada, deixar claro “por que” aquela restrição se faz necessária (legitimação material) e o “como” ela vai ser aplicada (legitimação formal).

No contexto do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade implica um dever de lealdade do Estado para com os seus indivíduos, haja vista que estes não podem ser surpreendidos pelo comportamento daquele, cuja lógica é orientada pelo modelo de Estado adotado.

Em síntese, o princípio da legalidade vincula o Estado à ordem jurídica vigente, inclusive e principalmente, ao sistema de garantias fundamentais previsto constitucionalmente.

O instituto impõe, no plano deontológico duplo dever aos detentores do poder punitivo, tendo em vista que qualquer restrição imposta ao particular deverá estar legitimada tanto material quanto formalmente.

Para que possa desempenhar essa sua tarefa, ele exerce quatro funções principais, às quais passaremos analiticamente a expor nos tópicos seguintes.

2.4 A LEI ESCRITA

Uma das funções do princípio da legalidade é a vedação de instituição de responsabilidade penal pelos usos e costumes, segundo a premissa de que *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*.

O costume “é uma norma jurídica sôbre determinada relação de fato e resultante de prática diurna e uniforme”²²⁹ ou, ainda, uma “regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica”.²³⁰

²²⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e aplicação do direito*, p. 200.

²³⁰ PRADO, Luis Régis. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 134.

O costume²³¹ tem como características principais: (i) a uniformidade – no sentido de que o comportamento seja íntegro em si mesmo e praticado de forma repetitiva; (ii) a constância – deve tratar-se de comportamento usual, que não se interrompe; (iii) a publicidade – obriga a todos os integrantes do contexto social e por todos deve ser conhecido; e (iv) a generalidade – alcança todos os atos e todas as pessoas no âmbito das relações havidas dentro de sua área de incidência.

Os costumes são classificados, quanto à sua relação com a lei, em três categorias: (i) *secundum legem* – está expressamente previsto no texto da lei, que determina a sua observância; (ii) *praeter legem* – tem como objetivo preencher e substituir a lei escrita nos casos em que esta seja omissa, suprindo suas lacunas e auxiliando sua interpretação; e (iii) *contra legem*²³² – que se forma em sentido contrário ao das disposições escritas.²³³

Há consenso na doutrina de que os costumes não podem ser utilizados para criação de normas penais incriminadoras. No direito penal,²³⁴ em razão da premissa de uma lei escrita, os costumes “como norma restritiva da liberdade individual” poderão, no máximo, desencadear “um argumento de política criminal para legislação penal futura”.²³⁵ Entretanto, o direito consuetudinário pode gerar importantes reflexos no âmbito penal, já que é admitida sua aplicação às hipóteses em que promove o benefício do réu.²³⁶

Os costumes *contra legem* podem desempenhar o papel de deslegitimação da lei penal por carência de substrato material, ou seja, carência de

²³¹ O instituto “compõe-se de dois elementos: um objetivo, o uso (consuetudo), e outro subjetivo, a convicção jurídica (*opinio necessitatis*). Sem a existência de um legítimo convencimento a respeito da necessidade de sua prática, o costume seria reduzido a mero uso social, desprovido de exigibilidade. De outro lado, se destituído de seu conteúdo objetivo, tolhe-se-lhe o caráter de certeza e de precisão próprios de todas as normas jurídicas e que o costume apresenta, ainda que em grau menor que a lei”. (PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 134)

²³² O costume *contra legem* também se denomina *consuetudo abrogatoria* ou *desuetudo* e pretende ter como consequência a não aplicação da lei em virtude de seu descompasso com a realidade histórico-cultural.

²³³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 203.

²³⁴ A vedação do costume como fonte imediata de direito não é a mesma em todos os ramos da ciência jurídica, no caso do Direito Civil, por exemplo, o art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) prevê expressamente os costumes como fonte de direito. Diz o texto legal: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 30 de jun. 2011)

²³⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 200.

²³⁶ Nesse sentido, TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 25. No mesmo sentido, PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 135.

reconhecimento do contexto social de que aquela conduta seja lesiva a um bem jurídico fundamental.

Os costumes *praeter legem* podem complementar a legislação existente, mediante o reconhecimento de causas supralegais de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.²³⁷ Isso ocorre porque a comunicação entre o direito escrito e o direito dos costumes se dá no plano da eficácia, e não no da existência ou validade das normas.²³⁸

Assim, pode-se admitir o direito consuetudinário “não no sentido de que este revogaria ou invalidaria a lei penal, mas sim como fator de supressão da tutela penal”.²³⁹

Essas conclusões são especialmente importantes no âmbito do direito penal econômico, já que a atividade empresarial é fortemente marcada pelos usos e costumes (a denominada “práxis comercial”), sendo certo que a criminalização de práticas que estejam fundamentalmente arraigadas nos costumes econômicos (adequadas socialmente) pode enfrentar dificuldades no que tange à sua legitimação material.²⁴⁰

²³⁷ Sobre o tema, Roberto Delmanto Júnior assevera: “Podem, assim, os usos e costumes vir a afastar a tipicidade (adequação social) ou a antijuridicidade do fato (causas supralegais de exclusão da antijuridicidade)”. (DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 221)

²³⁸ A vigência (existência) de uma norma ocorre (regra geral) com a sua publicação, depois de completo o processo legislativo próprio. Sua validade depende da sua adequação aos ditames formais e substanciais do ordenamento jurídico (conformidade com as normas de hierarquia superior). Sua eficácia dependerá de elemento no mundo dos fatos, ou seja, se a norma é ou não observada pelos seus destinatários.

²³⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 204.

²⁴⁰ Exemplo claro de adequação social no contexto dos delitos econômicos decorre do tipo de descaminho, segundo o qual: “Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena – reclusão, de um a quatro anos. § 1º Incorre na mesma pena quem: a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho; c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. § 2º – Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. § 3º A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 22 fev. 2011). É evidente, nos dias de hoje, o grande número de pessoas que adquire produtos nos ditos “camelôs” ou “shoppings populares”, sem o devido lastro fiscal. Esse comportamento social, em

2.5 A LEI PRÉVIA

Como postulado do princípio da legalidade, reconhece-se que a lei instituidora do delito e da pena, ou que a esta agrave, deve, necessariamente, ser anterior ao fato que se pretende punir ou à pena que se pretende agravar, *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege*.²⁴¹

Essa premissa, um corolário lógico da mera legalidade, implica a garantia de irretroatividade das leis penais incriminadoras, uma vez que se é a lei que estabelece o fato punível, dúvida não há de que o fato cometido anterior a ela não pode consistir em delito.²⁴²

A irretroatividade da lei penal incriminadora, expressamente prevista, e o próprio princípio da legalidade, nos arts. 5º, inciso XXXIX, da Constituição e 1º do Código Penal, desempenham papel fundamental no que tange à necessidade de preservar o valor da segurança jurídica.

Da premissa de irretroatividade da lei penal incriminadora ou mais severa decorre, como pressuposto lógico, a ultra-atividade da lei anterior mais benéfica, cuja vigência é estendida para regular todos os atos que ocorreram antes da sua revogação.

No que se refere à lei penal no tempo, além da impossibilidade de retroatividade da lei posterior mais severa – *lex gravior* (ou na ultra-atividade da lei mais benéfica), podem três outras possibilidades ser verificadas: (i) a lei posterior aboliu crime (*abolitio criminis*);²⁴³ (ii) a lei posterior é mais benéfica (*lex mitior*); e (iii) a lei posterior contém alguns preceitos mais severos e outros mais benéficos (*lex tertia*).

alguns casos, conta com a tolerância das próprias autoridades instituídas (alguns stands/lojas são alugados aos vendedores pelo próprio Poder Público Municipal ou Estadual que, algumas vezes, chegam a fornecer registro de “ambulante”). Portanto, tais condutas, apesar de constituir ilícito cível/tributário podem, em algumas hipóteses, ter dificuldade de encontrar fundamento material para aplicação da sanção penal.

²⁴¹ Apesar da irretroatividade da lei penal ser um princípio reconhecido internacionalmente, sua aplicação é mitigada nos países da Common Law tendo em vista que *estos Estados tienen que tolerar un grado importante de aplicación retroactiva*. (MATUTE, Javier Donde. *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, p. 207-208)

²⁴² O mesmo raciocínio aplica-se à hipótese de imposição ou agravamento da sanção, pois se essa deve ser criada pela lei, não pode ser imposta a fato cometido antes da sua própria criação.

²⁴³ Essa hipótese está prevista expressamente como causa de extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, inciso III, do Código Penal.

Tanto para a primeira quanto para a segunda hipótese, a solução está expressamente prevista em nosso ordenamento jurídico, seja no âmbito constitucional, seja no infraconstitucional, mais especificamente nos dispositivos dos arts. 5º, inciso XL, da Constituição e 2º do Código Penal.

Seria injustificável²⁴⁴ manter como fato punível circunstância que o próprio legislador, mesmo que em momento posterior ao fato, tenha reconhecido como desnecessária a atuação penal ou, ainda, aplicar sanções mais graves a fatos que, cometidos *a posteriori*, teriam tratamento mais brando.²⁴⁵

A regra do art. 2º do Código Penal, entretanto, tem uma exceção, expressamente prevista no seu art. 3º, quanto às leis excepcionais e temporárias.²⁴⁶

Essa exceção se justifica em razão de que o processo penal para a aplicação da sanção pode não terminar durante o período de vigência das leis

²⁴⁴ Sobre o fundamento da retroatividade da lei mais benéfica, a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni, no sentido de que *el principio de retroactividad de la ley penal más benigna halla su fundamento en la naturaleza de la ley penal. Si ésta prevé sólo situaciones excepcionales, la sucesión de leyes que altera la incidencia del estado en el círculo de bienes jurídicos del autor denota una modificación de la valorización del conflicto. Si las agencias políticas consideran no racional una injerencia de esa magnitud – o cualquier otra –, no tiene sentido que ele juez la habilite porque se la consideraba razonable en el momento en que el autor cometió el hecho. Por otra parte, el principio republicano de gobierno exige la racionalidad de la acción del estado y ésta es afectada cuando, por la mera circunstancia de que un individuo haya cometido el mismo hecho con anterioridad a otra, se lo trate más rigurosamente. La seguridad jurídica impide la reversión del principio, pero requiere también que se cumpla en la parte en que lo afecta.* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*: parte general, p. 122)

²⁴⁵ No âmbito dos delitos econômicos, dois exemplos interessam quanto à lei penal no tempo. O primeiro diz respeito ao conflito aparente de normas entre a Lei n. 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), publicada em 11/9/1990 e com vigência a partir de 11/3/1991, e a Lei n. 8.137, publicada em 27/12/90, com vigência imediata. Isso porque a Lei n. 8.137/90, em seu art. 7º, tipifica uma série de condutas que também são tipificadas pelo Código de Defesa do Consumidor. Todavia, enquanto a Lei n. 8.137 comina uma pena de 2 a 5 anos, as penas cominadas pelo Código de Defesa de Consumidor são muito menores. Portanto, no caso de conflito aparente, devem ser aplicadas as penas previstas no Código de Defesa do Consumidor, cuja vigência mais recente deve retroagir beneficiando o réu. Além disso, quanto aos delitos contra a ordem econômica, previstos na mesma Lei n. 8.137, em seus arts. 4º, 5º e 6º, pode-se sustentar a hipótese de *abolitio criminis* de suas cominações, uma vez que com a edição da Lei n. 8.884, de 11/6/1994, vários daqueles tipos penais foram tratados como mero ilícito administrativo. Portanto, sustentável a tese de que o Estado, mediante sua política legislativa, houve por reconhecer a ineficiência do tratamento penal da matéria, optando, *a posteriori*, pela tutela administrativa. (Textos normativos disponíveis em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 22 fev. 2011) Sobre a hipótese de *abolitio criminis* dos crimes contra a ordem econômica cf. SICA, Leonardo. A tutela penal da ordem econômica *no direito brasileiro*: comparação entre as leis 8.137/90 e 8.884/94. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico*: análise contemporânea, p.163-165.

²⁴⁶ Na lição do professor Luiz Luisi, leis excepcionais “são as que só adquirem eficácia quando correm fatos e situações especiais” sendo que, uma vez cessado período de exceção, elas continuam vigentes, porém não eficazes. As leis temporárias “diferem das excepcionais, porque uma vez decorrido o prazo para sua vigência não só perdem a eficácia, como deixam de vigorar”. (LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, p. 29)

temporárias ou durante as circunstâncias que determinaram a eficácia das leis excepcionais.

Nessas hipóteses, caso aplicada a regra geral da não ultra-atividade da lei mais severa, restariam os réus impunes, tornando inócuos tais dispositivos legais.²⁴⁷

Essa posição, todavia, não é pacífica na doutrina,²⁴⁸ sendo certo que, a nosso sentir, sendo as garantias fundamentais, previstas no texto constitucional, irrenunciáveis e vinculativas de toda atividade estatal, a regra do art. 3º do Código Penal não foi recepcionada pela nossa Constituição.

Nessa linha, concordamos com a posição de parte da doutrina segundo a qual não se pode, ao argumento excepcional de que, em determinadas situações, a aplicação de uma garantia constitucional pode trazer dificuldades práticas se sustentar sua inaplicabilidade.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são prerrogativas irrenunciáveis. Portanto, a validade constitucional do art. 3º do Código Penal não pode ser avaliada segundo preceitos éticos ou pragmáticos de sua aplicação empírica, e, sim, sob o contexto normativo constitucional²⁴⁹ que estabelece, sem ressalvas, que a lei não retroagirá salvo para beneficiar o réu.²⁵⁰

²⁴⁷ Essa a posição de Jair Leonardo Lopes (LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*, p. 100). Nesse sentido, cf. também: MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. I, p. 266; HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*, v. 1, p. 115 *apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 229-230. Na mesma linha, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*, p. 145.

²⁴⁸ O professor Luiz Luisi admite a exceção apenas quanto às leis excepcionais e não quanto às temporárias, já que no caso das primeiras as leis estariam vigentes, mas não eficazes e nos da segunda tratar-se-ia de aplicação de lei inexistente em desfavor do réu. (LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, p. 29-30)

²⁴⁹ Filiamo-nos à posição de Andrei Zenkner Schmidt que sustenta: “Que é de toda vantagem propiciar a ultra-atividade de lei excepcional ou temporária, não há dúvida. Se assim não fosse, os processos pelas respectivas infrações e mesmo o cumprimento das penas teriam de iniciar-se e consumir-se antes do término da vigência da lei, o que quase sempre inexecutável. Resta averiguar, como bem assinala Basileu Garcia, se o que convém é permitido, e, nesse caso, cremos que a única conclusão plausível é no sentido de que o artigo 3º do CPB não foi recepcionado pela CRFB/88”. Sobre a falácia do argumento pragmático afirma o mesmo autor que “não será a excepcionalidade de determinadas situações fáticas (uma guerra, p. ex) que irá justificar, por si só, a validade de um diploma legal capaz de excluir a garantia constitucional da retroatividade da lei mais benéfica”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 230-231)

²⁵⁰ No âmbito dos delitos econômicos, a questão ganha relevância na discussão do delito de evasão de divisas, segundo o qual “Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente”. Para quem entende que a regra do art.3º do Código Penal é válida

Para efeito de definir a lei aplicável no caso de legislações sucessivas, também há de se definir o momento do crime, bem como o critério de qual a lei pode ser considerada mais benéfica.

Quanto ao momento do crime, o Código Penal adotou, em seu art. 4º, a teoria da ação, segundo a qual o momento do crime será o da ação ou omissão indicada pelo verbo núcleo do tipo, mesmo que outro seja o momento do resultado.²⁵¹

Quanto ao ser a lei mais benéfica ou não, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto e não a mera análise da regra abstrata.

Quando houver dúvida sobre qual diploma legal é o mais benéfico,²⁵² será mais benigna a lei que, de qualquer modo, favorecer, em concreto, o agente, sendo indiferente, portanto, ser a lei anterior ou posterior.²⁵³

e que o complemento normativo editado pelo Banco Central, quanto ao limite de dólares que pode ser remetido ao exterior sem necessidade de autorização, tem natureza de norma excepcional (já que esse limite varia de acordo com dinamicidade da necessidade de divisas do País), um agente poderia ser punido por haver enviado ao exterior um valor em dólares sem autorização mesmo que essa mesma remessa pudesse ser feita independentemente de autorização na data da sentença. Na nossa visão, a aplicação da sanção não seria possível, em razão da premissa de não ultra-atividade da lei mais grave, inclusive quanto às leis excepcionais. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm. Acesso em: 22 de fevereiro de 2011)

²⁵¹ Nesse sentido, sustenta o professor Jair Leonardo Lopes que, tanto nos crimes permanentes como nos crimes continuados, a lei aplicável é aquela que vigora no momento em que cessou o ato ilícito, pois pela natureza dessas infrações, a lesão ao bem jurídico não cessa enquanto não cessa a ação. (LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal*: parte geral, p. 101-102)

²⁵² Zaffaroni, sobre esse tema, leciona que *la ley más benigna no es sólo la que desincrimina o la que establece pena menor, pues (a) puede tratarse de la creación de una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, de un impedimento a la operatividad de la penalidad, etc.; (b) puede provenir también de otras circunstancias, como el menor tiempo de prescripción, una distinta clase de pena, una nueva modalidad ejecutiva de la pena, el cumplimiento parcial de la misma, las previsiones sobre condena condicional, probation, libertad condicional, e incluso las consecuencias procesales. Ante la complejidad de los elementos que pueden tomarse en consideración, no es posible hacerlo en abstracto sino que debe plantearse frente al caso concreto* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*: parte general, p. 121). No mesmo sentido TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 36.

²⁵³ Um exemplo de que a condição mais benéfica da lei deve ser vista em concreto no âmbito do direito penal econômico ocorreu com a edição do art. 15 da Lei n. 9.964/00 (que instituiu o primeiro Programa de Recuperação Fiscal – Refis): “Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º O disposto neste artigo aplica-se, também: I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei; II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13. § 3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal”. A aplicação do referido dispositivo, dependendo do caso concreto, poderia piorar a situação do réu,

Nas hipóteses em que a lei posterior contiver alguns preceitos mais severos e outros mais benéficos, a doutrina se divide quanto à possibilidade de o juiz, ao julgar o caso concreto, de modo a extrair o maior benefício possível ao réu, poder conjugar os elementos mais benéficos da lei anterior (ultra-agindo seus efeitos), com aqueles da lei posterior (retroagindo seus efeitos).²⁵⁴

Quem é contrário à possibilidade de conjugação dos diplomas legislativos²⁵⁵ sustenta que não pode o magistrado, como se legislador fosse, mesclar duas leis distintas criando uma terceira, sob pena de violação ao princípio da tripartição dos poderes. Estaria o Poder Judiciário usurpando função precípua do Poder Legislativo.

Aqueles que defendem a combinação de leis²⁵⁶ ponderam que o juiz faz apenas uma integração legítima, mediante o princípio da equidade, produzindo uma norma com o próprio material fornecido pelo legislador.²⁵⁷

A nosso sentir, dúvida não há quanto à constitucionalidade da combinação de leis,²⁵⁸ já que o seu reconhecimento nada mais é do que decorrência da aplicação efetiva do princípio da legalidade que, na qualidade de norma de princípio constitucional fundamental, vincula a atividade estatal e deve ser aplicada na sua plenitude.

tornando o delito praticamente imprescritível (já que alguns parcelamentos tinham prazo de quase 200 anos para serem cumpridos), mas, em outros, poderia melhorar a situação do réu, diante da previsão da extinção da punibilidade pelo pagamento, que poderia ocorrer até mesmo à vista.

²⁵⁴ Andrei Zenkner Schmidt fala em ponderação unitária (impossibilidade de conjugação de dois diplomas legais) e ponderação diferenciada (admitindo-se a conjugação de duas leis). (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 230-231)

²⁵⁵ Cf. HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*, v. 1, t.1 p. 109-110; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 108; e BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. 1, p.108 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 36-37.

²⁵⁶ Casos de GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, v. 1, t. 1, p. 150; MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 210-211 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 37. No mesmo sentido, DELMANTO, Celso *Código penal anotado*, p. 5.

²⁵⁷ Nesse sentido, sustenta Frederico Marques: “Dizer que o Juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados na própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. [...] Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga essa subordinação pelo papel preponderante do texto constitucional”. (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 210-211 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 37)

²⁵⁸ No mesmo sentido, GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, p. 164.

Quanto à crítica de aparente violação ao princípio da separação de poderes, mesmo que houvesse, no caso, a tensão entre a legalidade e a separação dos poderes (acreditamos não ser esta a hipótese), é fato que, pela ponderação a ser desempenhada pelo princípio da proporcionalidade, prevaleceria o princípio da legalidade sob sua forma plena, porque, numa democracia material, “o interesse legítimo de um cidadão (retroatividade da *lex mitior*) sobrepõe-se ao interesse legítimo do Estado (lesão à competência do Poder Legislativo)”.²⁵⁹

Ressalte-se que o pressuposto da irretroatividade da lei mais severa como decorrência do princípio da legalidade,²⁶⁰ essencial para concretização do valor segurança jurídica indispensável ao Estado Democrático de Direito, vincula tanto o Poder Legislativo, uma vez que deveria²⁶¹ desestimular a elaboração de leis casuísticas, quanto o Poder Judiciário, ao qual fica vedada a aplicação da lei mais severa diante de lei posterior mais benéfica.²⁶²

2.6 A LEI ESTRITA

O postulado de *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* determina, ao mesmo tempo, que a intervenção penal se dê mediante um diploma legal formal, bem como exige que o aplicador desse dispositivo esteja condicionado, nos casos de normas penais incriminadoras, ao fato de que sua subsunção ao caso concreto se dê de forma restritiva.

O limite formal da atividade legislativa está expressamente previsto no dispositivo do art. 22, inciso I, da Constituição, ressalvada a hipótese do seu

²⁵⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 223-224. No mesmo sentido GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, p. 164.

²⁶⁰ Esclarecemos que não é objeto desse estudo refletir sobre as questões temporais referentes às normas de processo penal, execução penal ou medidas de segurança, mas especificamente sobre normas de direito penal material, todavia, para nós os critérios para esta diferenciação devem considerar o seu conteúdo e não meros aspectos formais. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 31)

²⁶¹ O condicional é usado propositadamente, porque esse efeito não tem se verificado empiricamente.

²⁶² Nesse sentido, GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, p. 163.

parágrafo único, sendo certo que a criação de normas penais incriminadoras é de competência exclusiva da União.

A hipótese de segregação da legislação penal, conforme interesses regionalizados dos entes federados, dificultaria a realização do ideal de fornecer aos indivíduos, previamente e em todo território nacional, a garantia de previsibilidade dos parâmetros de licitude, cuja noção deve decorrer de um meio social comum, organizado e integrado.

Além disso, a possibilidade de normas penais estaduais ou municipais traria enormes dificuldades à concretização do princípio da lesividade. Segundo esse princípio, a legitimação material do direito penal se dá com base em parâmetro constitucional, portanto, os bens jurídicos dignos da intervenção penal devem ter reconhecida relevância no âmbito nacional. Do contrário, seria permitido, em tese, a afirmação de que um bem jurídico seria digno do direito penal em um estado federado, em detrimento de outro.

Para a criação de uma norma penal incriminadora não basta que esta seja federal; ela deve, necessariamente, ser oriunda do Poder Legislativo Federal, sob a forma de lei ordinária.

É preciso que o diploma legal se sujeite, separadamente, à apreciação da Câmara de Deputados e do Senado Federal, nos exatos termos estabelecido pelos arts. 59 a 69 da Constituição.²⁶³

Essa previsão nada mais é do que a concretização do princípio constitucional da separação dos poderes.

Será impossível, no contexto constitucional atual, que o ordenamento penal seja inovado (leis penais incriminadoras) por um decreto,²⁶⁴ medida provisória²⁶⁵ ou decisão judicial.

²⁶³ No âmbito dos delitos econômicos, destaca-se a posição do professor Luiz Flávio Gomes de que os Tratados Internacionais, mesmo que ratificados internamente, não podem inovar no ordenamento penal incriminador por violação ao princípio da reserva absoluta de lei. A inovação dessa forma (o autor cita o exemplo da definição de organização criminosa constante da convenção de Palermo de 2004) possui vício de origem. (GOMES, Luiz Flávio. *Os tratados internacionais podem definir delitos e penas?* Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10506>. Acesso em: 15 mar. 2011)

²⁶⁴ Uma questão que surge diante dessa constatação se refere a como proceder no que tange à legislação penal editada sob a égide dos textos constitucionais anteriores e que não se adaptam à exigência atual. Nesse ponto, a questão pode ser vista sob dois enfoques: o formal e o material. No âmbito formal, a legislação será válida desde que tenha sido editada de forma regular sob o prisma do processo legislativo então vigente. Sob o ponto de vista material, é preciso perquirir sobre o atendimento aos valores do ordenamento constitucional atual com aquele ao qual se

A noção de uma legalidade estrita nos impõe uma reflexão especial sobre as denominadas leis penais em branco,²⁶⁶ cujo conceito foi formulado, pela primeira vez, por Binding, ao sustentar que

*el tipo de tales leyes penales no repite la definición del comportamiento prohibido por la norma, al contrario, existe un Blankett cuyo contenido se encuentra en la normas el cual, a través de la diferentes disposiciones de la más diversa precedência, es completado y puede sobrevivir sin modificaciones al cambio de la norma.*²⁶⁷

Esse conceito foi desenvolvido por Mezger, que o dividiu em três categorias: (i) quando o complemento da norma se enquadra na mesma lei; (ii) quando o complemento da norma se enquadra em outras leis, porém com a mesma origem no que tange à competência legislativa; e (iii) quando o complemento da norma é feito por uma autoridade legislativa diversa.²⁶⁸

Nos dois primeiros casos, entendemos não se estar diante de normas penais em branco, e sim de “elementos constitutivos do tipo penal objetivo em que a valoração de seu conteúdo é estipulada, *a priori*, pelo próprio legislador, seja na mesma lei objeto da proibição, seja em lei diversa”.²⁶⁹

Quanto à lei penal em branco propriamente dita,²⁷⁰ a principal justificativa para sua necessidade, para aqueles que sustentam sua validade,²⁷¹ se

pretende compará-lo. Tal reflexão pode causar dúvidas sobre a validade da legislação penal editada mediante Decretos Lei. (Nesse sentido, cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 149-152)

²⁶⁵ Também nos parece mais correta a interpretação de que é vedado ao Poder Executivo inovar no ordenamento penal, mesmo que por meio de medida provisória, até porque, em matéria penal, entendemos que não seria atendido, até pela sua noção de *ultima ratio*, o requisito da urgência. A lei penal requer reflexão, não pode ser um ato impulsivo ou impensado. Todavia, conforme assevera Nereu José Giacomolli, essa limitação não pode subsistir nas hipóteses de benefício ao réu. (GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, p. 164)

²⁶⁶ Conforme esclarece Zaffaroni, as leis penais em branco surgiram na Alemanha, no tempo do Império, para o caso de leis nacionais complementadas por outras locais. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p. 115)

²⁶⁷ BINDING, Karl. *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, p. 180 *apud* VEGA, Dulce María Santana. *El cocepto de ley penal en blanco*, p.15-16.

²⁶⁸ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, v. I p. 381 *et seq. apud* VEGA, Dulce María Santana. *El cocepto de ley penal en blanco*, p. 30.

²⁶⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 156.

²⁷⁰ Nesse sentido, Zaffaroni, apesar de admitir a nomenclatura de lei penal em branco, também faz a diferenciação no sentido de que *Las únicas leyes penales en Blanco cuya constitucionalidad es tolerable son las llamadas improprias, o sea, las que reenvían a otra norma emanada de la misma fuente*. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p.116)

fundamentaria no fato de que a regulação de determinadas atividades, ditas perigosas para sociedade, deveria ter, para maior eficiência, caráter essencialmente dinâmico, dificilmente presente nos tipos penais tradicionais (ditos completos).²⁷²

Para evitar constante alteração legislativa, seria legítimo ao legislador delegar a outros agentes públicos, mediante normativos menos graduados, a função de preencher o conteúdo do tipo penal.

Ocorre que a utilização dessa técnica legislativa, além de poder implicar uma legislação menos clara e taxativa,²⁷³ viola a premissa da lei estrita²⁷⁴ e do princípio da separação dos poderes.²⁷⁵

Nessa linha, Eugenio Raúl Zaffaroni aduzindo que *no puede afirmarse que haya un tipo penal cuando sólo hay una pena legal pero falta la acción típica, lo que le impide cumplir su función de programación criminalizante*,²⁷⁶ sustenta:

La ley penal en blanco siempre fue sospechosa de lesividad al principio de legalidad formal y, además, abrió la puerta a la analogía y a la aplicación retroactiva, motivos con los que bastaría para considerarla inconstitucional. Si a ello se agrega que configura hoy una clara vía de delegación de la potestad punitiva por parte del

²⁷¹ Mesmo aqueles que sustentam sua validade reconhecem que devem ser impostos limites à sua utilização. (Cf. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *El principio de certeza en las leyes penales en blanco*, p. 20-21)

²⁷² Dulce María Santana Vega expõe que a doutrina defende a utilização das leis penais em branco como um “mal necessário” que encontraria tripla justificação: (i) teriam razões técnicas, na medida em que a complexidade de certos delitos implicaria na sua utilização como instrumento de economia legislativa, para se evitar um grande número de tipos penais; (ii) evitariam o engessamento da regulação penal, dariam mais dinâmica à tutela penal, permitindo sua atuação mais eficaz no que tange à rápida evolução social, científica e econômica da sociedade; e (iii) seriam um critério para evolução do direito penal no sentido de superar uma visão exclusivamente liberal, permitindo a tutela de bens jurídicos supraindividuais. (VEGA, Dulce María Santana. *El cocepto de ley penal en blanco*, p. 17-18)

²⁷³ Sob o prisma da legalidade, as leis penais em branco, além da questão referente à noção da lei estrita, podem ser questionadas sob o prisma da taxatividade. Nesse sentido, cf. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *El principio de certeza en las leyes penales en blanco*, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, p.14.

²⁷⁴ Sobre a necessidade de respeito à prerrogativa de uma legalidade estrita, sustenta Andrei Zenkner Schmidt que “a dinamicidade das relações sociais não pode fundamentar o uso de um Direito Penal autoritário e impreciso, sob pena de afastarmos da visão secularizada do Direito”. E continua “Ademais, admitindo-se a justificação das leis penais em branco, estaremos avalizando a preguiça do legislador em adequar seus editos às mutações sociais”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 159)

²⁷⁵ Dulce María Santana Vega reconhece que as leis penais em branco são uma *inmiscución en la esfera de libertad de los ciudadanos por parte del Poder Ejecutivo*. (VEGA, Dulce María Santana. *El cocepto de ley penal en blanco*, p. 26-27)

²⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*: parte general, p. 115.

*poder legislativo, y que quiebra la cláusula de ultima ratio, parece que haber poco que discutir a su respecto.*²⁷⁷

O professor argentino pondera que a adoção das leis penais em branco vem causando graves problemas interpretativos e constitucionais, seja em relação à sua aplicação no tempo, seja em relação ao fato de a complementação ocorrer mediante uma norma extrapenal que admite a analogia (vedada *in malam partem* no direito penal), mas, principalmente, diante de sua utilização excessiva, banalizando e “administrativizando” a lei penal com prejuízo, até mesmo à sua noção de *ultima ratio*.

Sob esse último aspecto, deve ser ressaltado que no âmbito dos delitos econômicos essa técnica tem sido abusivamente utilizada.²⁷⁸

As leis penais em branco, portanto, carecem de legitimação constitucional uma vez que violam o princípio da legalidade e da separação dos poderes, os quais determinam que a conduta e a pena aplicada sejam descritas pelo tipo penal, com origem em diploma legislativo regular, reafirmando, via de consequência, a noção de soberania popular para elaboração de normas penais incriminadoras.²⁷⁹

Ademais, o mero argumento empírico de que algumas matérias precisariam ser reguladas por diplomas legais mais dinâmicos não pode ser admitido como fundamentador da validade das leis penais em branco.

No ambiente do Estado Democrático de Direito, o simples pragmatismo não pode ter o condão de revogar direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados, já que é função precípua do legislador federal desempenhar essa tarefa de adaptação legislativa ao contexto histórico social, sem delegá-la ao Poder Executivo ou a autoridades administrativas menores.

A própria natureza de *ultima ratio* do direito penal requer uma evolução mais lenta, ou seja, uma construção normativa mais ponderada, que exige maior

²⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*, p. 116.

²⁷⁸ Exemplo evidente desse abuso se recolhe da Lei n. 9.605/98, que estabelece os crimes contra o meio ambiente, em que a maioria dos tipos são normas penais em branco. Podemos destacar os arts. 29, 30, 31, 34, 38, 38-A, 39, 40, 44, 45, 50, 51, 52, 55, 56, 60, 63, 64 e 67. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm. Acesso em: 25 de fev. 2011)

²⁷⁹ No âmbito internacional, o México já reconheceu a inconstitucionalidade desse tipo de diploma legal. A Espanha relativizou a noção de legalidade para acolher a técnica. A África do Sul, embora tenha admitido inicialmente sua utilização, passou a questionar novamente sua constitucionalidade. (MATUTE, Javier Donde. *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, p. 205-206)

consolidação do novo contexto social a fundamentar sua atuação.²⁸⁰ Em síntese, o direito penal não pode ter pressa.²⁸¹

Ressalte-se, todavia, que a invalidade da instituição de normas penais incriminadoras mediante diplomas legislativos infralegais não impede que, estando definindo em dispositivo legal regular a descrição da conduta e da pena, possam existir normas administrativas que complementem o sentido do tipo ou que auxiliem na sua interpretação.²⁸²

O que é preciso deixar claro é que a norma infralegal nunca poderá definir a conduta ou determinar a pena, mas apenas contribuir com elementos para o seu significado e compreensão. Mesmo assim sem aumentar a sua esfera de incidência, mas, ao contrário, sempre a limitando.

Nessas hipóteses, estará se valorizando, e não mitigando, a noção de segurança jurídica representada pelo princípio da legalidade.²⁸³

Destarte, estando a conduta e a pena previstas na lei penal, podem as normas administrativas servir como elementos de compreensão (restringindo seu âmbito de atuação) ou de interpretação (mediante definição restritiva do significado das expressões utilizadas no tipo) da norma penal incriminadora.²⁸⁴

²⁸⁰ Sobre o tema, mais uma vez a lição de Zaffaroni: *No neutraliza la inconstitucionalidad de las leyes penales en blanco el argumento de las materias inestables que las requieren, aduciendo que los rápidos cambios no podrían ser seguidos por el legislador penal, pues no hay materia que requiera cambios tan rápidos y que sea seriamente necesitada de previsión punitiva; por otra parte, ésa es precisamente la función irrenunciable del legislador.* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p. 116)

²⁸¹ Especificamente sobre delitos econômicos, assevera Francesco Palazzo: “Coerente e consequencial a tanta rigidez no plano das fontes autorizadas a produzir o direito penal, não pode deixar de ocorrer uma sensível redução no âmbito de manifestação do próprio direito penal, o qual – por impossibilidade de previsão normativa – não deve pretender alcançar numerosos setores e matérias, sobretudo do tipo econômico ou tecnológico, carentes de uma disciplina que possa conter a labilidade de normas cada vez mais transitórias e detalhadas”. (PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*, p. 47)

²⁸² Há quem as denomine como remissões interpretativas. (Cf. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. El principio de certeza en las leyes penales en blanco: especial referencia a los delitos econômicos. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, p. 19)

²⁸³ Um exemplo dessa função delimitadora do complemento administrativo se recolhe do delito de evasão de divisas, mais especificamente da hipótese prevista em seu parágrafo único, primeira parte, segundo o qual “incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior”. Nesses casos, não há dúvida de que os normativos administrativos do Banco Central, ao estabelecer limites de valores para exigir autorização para as remessas, estarão restringindo o âmbito de aplicação do tipo, na medida em que os valores abaixo dos limites estabelecidos, para os quais será dispensada a elementar normativa “autorização legal”, não serão passíveis de aplicação da sanção. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm. Acesso em: 25 de fev. 2011)

²⁸⁴ Do contrário, esses diplomas legislativos de fato consistirão nos *corpi erranti, che cercano la loro anima* como aduzia Carlo Binding. (BINDING, Carlo. *Compêndio di diritto penale*, p. 116 *apud*

Não obstante o texto legal da norma penal tenha de ser claro e determinado, dúvida não há de que para sua aplicação, ou seja, quando da subsunção do caso concreto à hipótese abstratamente prevista, será necessária, por mais bem redigido que seja o texto legal, algum grau de atividade interpretativa.²⁸⁵

Ocorre que, diante da premissa de uma lei estrita, esse exercício interpretativo²⁸⁶ do aplicador da lei deve encontrar limites, pois não é permitido ao julgador, ou a qualquer outro operador da norma, sob pretexto de interpretá-la, acabar por distorcê-la ou inovar o seu conteúdo.²⁸⁷

A questão mais tormentosa é, todavia, estabelecer critérios práticos para imposição desses limites, definindo como eles devem ser respeitados.²⁸⁸

Nesse sentido, é fato que há consenso na doutrina de que a prerrogativa de uma lei estrita veda, no direito penal, a utilização da analogia²⁸⁹ *in malam partem*,

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 223).

²⁸⁵ O ideal iluminista de Beccaria, segundo o qual qualquer atividade interpretativa seria um mal a ser evitado, na medida em que “A autoridade de interpretar leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores” e conclui que “Em cada crime, o juiz deverá estruturar um silogismo perfeito: a maior deve ser a lei geral; a menor, a ação, conforme ou não à lei: a consequência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for coagido, ou quiser formular somente dois silogismos, a porta à incerteza estará aberta” (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos de das penas*, p. 32-33). Não ocorre na prática. Sobre essa constatação, cf. LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*, p. 49. Já que na verdade “Por mais claro que seja um dispositivo legal, ainda assim será necessária atividade exegética do intérprete, até porque a própria verificação de clareza já demanda, por si só, uma atividade hermenêutica” (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 161, e MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 13)

²⁸⁶ Destacando a importância do exercício interpretativo Juarez Tavares pondera que *la interpretación puede ser considerada como la operación más importante de concretización del derecho; es el vínculo que une norma y realidad y que hace posible y actualizable la prohibición legal o la determinación de conducta. De ahí que puede decirse que la interpretación es, en el fondo, una recreación del propio derecho*. (TAVARES, Juarez. *Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 766). O autor defende a aplicação à jurisprudência das premissas de irretroatividade e de vedação da analogia, aplicáveis à lei penal.

²⁸⁷ Nesse sentido Zaffaroni assevera que *la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable, que es la máxima capacidad de la palabra* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p. 118). Na mesma linha, cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 181, e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 34.

²⁸⁸ Juarez Tavares afirma que *la cuestión está en imponer un límite a la interpretación, en situarla dentro de la perspectiva de garantía individual y de contención del poder punitivo*. (TAVARES, Juarez. *Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 765)

²⁸⁹ Zaffaroni, quanto à analogia, explica que *El derecho civil provee seguridad jurídica tratando de resolver el mayor número posible de conflictos, já el derecho penal provee mayor seguridad jurídica cuanto más discontinuo es el ejercicio del poder punitivo que ejercita* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p. 111-118). Isso explica por que a analogia é admitida no direito civil e vedada no direito penal.

aquela que fundamenta a aplicação ou o agravamento da pena em situações não expressamente previstas, diante da previsão existente para casos similares.

Permite-se, apenas, a denominada analogia *in bonam partem*, que diz respeito à não aplicação ou diminuição da pena nas mesmas hipóteses.

Destarte, numa sentença penal condenatória, não poderá o julgador, para fundamentar sua decisão, suprir uma lacuna legislativa criando uma nova regra mediante a aplicação de uma norma prevista para uma hipótese semelhante.

Poderá, por outro lado, interpretar a norma já existente, de modo a definir sua abrangência, sempre segundo os valores constitucionais que exigem que aquela circunstância esteja, pormenorizadamente, descrita no tipo penal.

Numa sentença penal absolutória, tais limites são mitigados, sendo permitido ao aplicador da lei, mediante a analogia ou a interpretação extensiva, inovar no sistema jurídico no sentido de beneficiar o réu.

A questão polêmica, todavia, diz respeito à possibilidade de, sem violar o princípio da legalidade, se utilizar a interpretação extensiva (que amplia o limite do tipo) para incriminar o réu ou se, ao contrário, ambas são vedadas para as normas penais incriminadoras.²⁹⁰

Sobre esse ponto, sobrevem o raciocínio de Andrei Zenkner Schmidt, ao sustentar que a diferença entre analogia e a interpretação extensiva (analógica), somente faria sentido sob o prisma do que ele denomina “paradigma da filosofia da consciência”, segundo o qual

o intérprete colocar-se-ia numa relação de sujeito-objeto, posto que dotado de capacidade cognitiva suficiente para captar a realidade do fato e compará-lo com o ditame normativo, como se, metafisicamente, fosse admissível que todo fato possuísse uma realidade verdadeira, um sentido ontológico, pré-concebido.²⁹¹

Ocorre que esse paradigma está superado pela realidade empírica, já que, na prática, um dispositivo legal somente se subsume ao fato utilizando a linguagem como instrumento de contato entre o intérprete (sujeito) e a essência do

²⁹⁰ Nesse sentido, Juarez Tavares assevera que *la dificultad de establecer, desde el principio, una diferencia entre analogia e interpretación es prácticamente insalvable. En el fondo, todo proceso de interpretación es un procedimiento analógico.* (TAVARES, Juarez. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudência. *Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales*, p. 758)

²⁹¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 176.

objeto. Não existe um fato objetivo a ser valorado do qual todos os conceitos subjetivos possam ser extraídos.²⁹²

Essa constatação implica, para o autor, o rompimento do paradigma da filosofia da consciência pelo prisma de uma filosofia da linguagem,²⁹³ ou seja, a análise dos conceitos normativos não se sustenta mais como uma relação sujeito-objeto,²⁹⁴ passando a ser encarada como uma relação sujeito-sujeito.²⁹⁵

Sob o prisma da filosofia da linguagem, em que o significado dos textos normativos são construídos pelas impressões dos intérpretes, a tese que, no direito penal, estaria vedada a analogia *in malam partem*, mas seria admitida a interpretação extensiva deve ser refutada, pois ambas (analogia e interpretação analógica/extensiva) são estruturalmente idênticas.

A conclusão, portanto, é de que

também a interpretação extensiva *in malam partem* deveria ser tolhida do Direito Penal, e isto serviria, segundo nosso raciocínio, como um mecanismo de limitar uma forma de analogia *in malam partem* não muito explícita.

[...].

²⁹² Andrei Zenkner Schmidt fundamenta essa premissa afirmando que “a linguagem somente adquire significado quando se relaciona a algum evento fático (HUME). Não poucos autores, contemporaneamente, vêm percebendo que interpretar é, imediatamente, modificar” (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 180). Sobre essa perspectiva, seria insustentável admitir qualquer diferença entre a analogia e a interpretação extensiva (analógica), porque “as palavras contidas na lei não são uma espécie de fôrma ou moldura – como pensava Platão acerca de seu mundo das idéias – onde os fatos encaixavam-se perfeitamente. [...] O conteúdo de uma norma sempre estará sujeito a mutações que variam numa relação diretamente proporcional aos novos contornos do discurso jurídico evoluído. [...] É impossível pensar que uma palavra descreva uma gama limitada de fatos, ficando outros, embora semelhantes, fora dela”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 188-189)

²⁹³ Sob o prisma da filosofia da linguagem, a teoria linguística mais adequada seria a defendida por Saussure, caracterizando a linguagem normativa como linguagem ordinária, onde cada palavra pode ter o seu significado alterado segundo a concepção do intérprete, ou, ainda, do contexto social (CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*, p. 106). Reconhece-se, portanto, que a vagueza e a ambiguidade são inevitáveis também no discurso jurídico. No mesmo sentido, cf. FELIPE, Márcio Sotelo. Linguagem e tipicidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 106.

²⁹⁴ A relação sujeito-objeto implica o reconhecimento da tese linguística sustentada por Soler, segundo a qual a linguagem jurídica não teria os vícios de vagueza e ambiguidade da linguagem ordinária, já que cada palavra teria um único significado possível. (Cf. SOLER, Sebastián. *Las palabras de la ley*, p. 176-177 *apud* CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*, p. 78)

²⁹⁵ Sobre a relação sujeito-sujeito, cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 180. Na mesma linha FELIPE, Márcio Sotelo. Linguagem e tipicidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 108.

A única interpretação teleológica que poderá ser admitida é a restritiva, ou seja, aquela que vislumbra, como finalidade a Constituição Federal, autorizar a intervenção penal só excepcionalmente e nos casos expressos por ela mesma.²⁹⁶

Essa posição é a que melhor coaduna com nosso contexto constitucional, principalmente com a noção do princípio da legalidade e, via de consequência, com a noção de lei estrita, cuja função, sob o prisma dogmático, é concretizar o valor da segurança jurídica.²⁹⁷

Essa conclusão fica ainda mais reforçada diante das constatações decorrentes da prática forense atual, em que, sob o pretexto de se admitir uma interpretação extensiva das normas incriminadoras de direito penal, constatamos, diuturnamente, o espancamento da garantia de uma lei estrita, uma vez que os aplicadores do direito, alegando que estariam apenas exercendo atividade interpretativa, acabam por, verdadeiramente, inovar no campo legislativo.²⁹⁸

²⁹⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 194-196.

²⁹⁷ Na mesma linha, Zaffaroni: *Dentro del alcance semántico de la palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restrictivo. Las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización o uno más limitado o restrictivo*” o que se fundamenta, assim como o princípio do in dubio pro reo pela *excepcionalidad de la criminalización primaria*, conclui, ainda, no sentido de que *El critério de interpretación semánticamente más restrictiva debe defenderse en la actualidad, donde parece ser uno de los principales instrumentos capaces de contener el fomedable avance de la tipificación irresponsable* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*: parte general, p. 119. “Sempre que o juiz empresta novos sentidos às expressões que integram a descrição típica, e o faz desfavoravelmente ao réu, ou se baseia em critérios ambientais, defrauda o princípio da legalidade na restrita definição hermenêutica que lhe empresta o pensamento dogmático” (CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*, p. 84). No mesmo sentido, cf. DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 228.

²⁹⁸ Um exemplo disso no âmbito dos delitos econômicos é a aplicação estendida do conceito de instituição financeira por equiparação prevista no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.492/86 (que já não é nenhum primor de taxatividade) para quaisquer pessoas jurídicas que captam ou administram seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros, mesmo que não desempenhem função efetiva de instituição financeira, qual seja, o repasse a terceiros dos recursos captados mediante aferição de lucro (*spread*) entre o custo de captação e a remuneração pelo repasse. Nesse sentido, os seguintes acórdãos:

Habeas Corpus n. 45905. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501179448&dt_publicacao=22/09/2008>. Acesso em : 25 fev. 2011;

Habeas Corpus n. 64.100. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601713876&dt_publicacao=10/09/2007>. Acesso em 25 fev. 2011;

Conflito de Competência n. 41.915. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400405254&dt_publicacao=01/02/2005>. Acesso em: 25 fev. 2011.

Conflito de Competência n. 39.352. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300989330&dt_publicacao=17/12/2004>. Acesso em: 25 fev. 2011.

Alguns autores partem dessa mesma premissa quanto ao reconhecimento do novo paradigma da linguagem jurídica para sustentar uma relativização ou um reconhecimento meramente retórico do princípio da legalidade.²⁹⁹

Transformam o fundamento e a necessidade mais premente de limitação da atividade interpretativa, em crítica à sua aplicação e até em justificativa para a aplicação da analogia *in malam partem*.³⁰⁰

Nossa posição é justamente em sentido contrário. Entendemos que a dita crise da legalidade,³⁰¹ na verdade, nada mais é do que uma oportunidade para renovar o instituto da premissa de uma lei estrita, de modo que sejam criados novos critérios de limitação à atividade interpretativa,³⁰² sempre de modo a garantir o seu objetivo de segurança jurídica: *La legalidad no muere pero si se transforma, requiriendole al jurista un nuevo empeño*.³⁰³

Conflito de Competência n. 37.217. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200201021955&dt_publicacao=17/12/2004. Acesso em: 25 fev. 2011.

²⁹⁹ Nesse sentido Eduardo Javier Riggi, sob o perigoso pretexto de se aferir uma “solução justa”, parte dos problemas causados pelo reconhecimento da linguagem jurídica como linguagem natural, para sustentar a relativização da *prohibición de analogía al comparar los casos difíciles con los fáciles*. Para o autor, tendo o juiz que absorver o contexto da lei em sua plenitude *La analogía se convierte, gracias al mandato constitucional referido, en un deber jurídico-constitucional del juez, porque gracias a ella se podrá someter fielmente a la Ley en los supuestos indeterminados* chega a afirmar que *el juez se convierte en legislador por delegación funcional necesaria* (RIGGI, Eduardo Javier. *Interpretación y ley penal: un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, p. 354-359). A nosso sentir, o autor, ao supervalorizar a legitimação material da lei penal, mas, por outro lado, ao relativizar toda a noção de legalidade estrita, acaba por não impor um limite suficiente à intervenção penal, uma vez que permite um âmbito de discricionariedade enorme ao aplicador da lei, aumentando o risco de arbitrariedades e diminuindo a seara de garantia do indivíduo. Sobre o caráter retórico. (Cf. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*, p. 123-125)

³⁰⁰ Luigi Ferrajoli criticando essa posição e alerta sobre o período negro de utilização da analogia *in malam partem* durante o regime fascista. (Cf. FERRAJOLI, Luigi *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 353)

³⁰¹ Sobre a crise da legalidade, cf. PALAZZO, Francesco. *La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris*, p. 104. De se consignar, ainda a posição de Luigi Ferrajoli: “Pode-se dizer, também, que a crise pós-iluminista da legalidade penal só se dá com o princípio em sentido estrito, mas não com o princípio em sentido amplo, o qual, ao contrário, se valora como fonte exclusiva e exaustiva de legitimação política” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 352). Na mesma linha, Javier Dondé Matute em seu estudo de direito comparado, apesar de consignar que *hay una aplicación errática e inconsistente del Principio de Legalidad Penal [...] no se ha identificado un sistema jurídico que abiertamente niegue o desconozca este principio*. (MATUTE, Javier Donde. *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, p. 204, 277)

³⁰² Sobre a interpretação restritiva, apesar de suas peculiaridades dentro de cada sistema nacional, pondera Javier Dondé Matute que têm, no âmbito geral, uma *aceptación universal*. (MATUTE, Javier Donde. *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, p. 208)

³⁰³ PALAZZO, Francesco. *La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris*, p. 116.

Sempre visando concretizar a vedação da interpretação extensiva incriminadora, mesmo reconhecendo as inconsistências da linguagem jurídica, podemos citar o critério sustentado por Juarez Tavares, ao valorizar a função restritiva da interpretação a ser desempenhada pela noção do bem jurídico afetado.³⁰⁴

Ou, ainda, a posição de Francesco Palazzo que, advertindo sobre a necessidade de determinação da norma penal tanto em abstrato (lei) quanto em concreto (sua aplicação), propõe que a atividade interpretativa não deve ultrapassar a cognoscibilidade do contexto normativo abstrato, ou seja, não pode inovar quanto ao significado que o destinatário depreendeu do texto normativo expresso.³⁰⁵

Destarte, o novo paradigma da filosofia da linguagem, ao contrário de implicar a crise do princípio da legalidade ou sua relativização, deve nos alertar sobre a necessidade de promover a concretização do modelo de Estado adotado, de modo que o instituto seja revitalizado, contribuindo para a efetivação de um direito penal mínimo.

Para isso, considerando que nesse contexto o conteúdo ideológico do intérprete, inevitavelmente, vai influir no ato de aplicação da norma, o único caminho possível é a incorporação da ideologia constitucional a toda instituição e agentes do Direito.

Com efeito, se o intérprete (principalmente o aplicador da lei) não se convencer do espírito dos verdadeiros valores que orientam nossa Constituição, qualquer limite ou critério de garantia será inócuo.³⁰⁶

³⁰⁴ TAVARES, Juarez. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudência. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 766.

³⁰⁵ PALAZZO, Francesco. *La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris*, p. 107-115.

³⁰⁶ Sobre o tema “será impossível se a cultura jurídica continuar insistindo na admissão de um direito penal máximo, de intervenção eficiente a qualquer custo, condizente mais com o Estado Social de Direito do que propriamente do que vivemos no Brasil. Optando-se por tal viés, teremos um excesso de severidade e de incerteza da intervenção penal, e, conseqüentemente, de nada valerá impedir a analogia *in mallam partem* e interpretação extensiva, já que o juiz não se irá conformar, ideologicamente, com tais argumentos. Um juiz que optar por tal sistema continuará pensando que uma “garrafa” pode ser considerada “arma” para fins de qualificação do roubo, e, diante de tal conclusão, diremos nós: “Mas isso é analogia *in mallan partem!*”, enquanto que dele virá o argumento: “Não. Isso é interpretação!”. Seja como for, tudo irá depender da resposta dada a “o que proibir?” (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O principio da legalidade penal*, p. 197)

2.7 A LEI CERTA

A premissa da legalidade também implica a prerrogativa de que *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, ou seja, de que a norma penal incriminadora deve ser determinada quanto ao seu conteúdo e abrangência.³⁰⁷

Em ambiente orientado pela segurança jurídica, deve o jurisdicionado tomar conhecimento, *a priori*, do verdadeiro limite da intervenção penal, até para que lhe seja permitido comportar-se de modo que conheça e compreenda, previamente, as consequências de suas ações.³⁰⁸

Sem a noção de taxatividade da lei penal, cuja função principal é reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva da aplicação da lei,³⁰⁹ ficariam sem sentido até mesmo as demais funções de garantia do princípio da legalidade.

A taxatividade constitui, em si, um princípio orientador da intervenção penal no Estado Democrático de Direito, cujo conteúdo reafirma, além da noção de determinação da lei penal incriminadora, a necessidade de que os diplomas normativos sejam: (i) escritos – toda proibição deverá ser reduzida a um documento escrito, no caso de nosso ordenamento jurídico constitucional, mediante uma lei ordinária federal, oriunda do processo legislativo próprio; (ii) gerais – a norma deve atingir aos jurisdicionados de forma homogênea, evitando desigualdades ou exclusões referentes a critérios meramente subjetivos ou circunstanciais; (iii)

³⁰⁷ Essa noção de um texto normativo claro remonta a Beccaria, segundo o qual “se a interpretação das leis é um mal, claro que a obscuridade, que a interpretação necessariamente acarreta, é também um mal. [...] Quanto maior for o número dos que entenderem e tiverem nas mãos o sagrado código das leis, tanto menos freqüentes serão os delitos”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 35)

³⁰⁸ Sobre a taxatividade da lei penal, afirma Luigi Ferrajoli que “apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva” sendo certo que “a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 39). No mesmo sentido WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 58, e SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 23.

³⁰⁹ Para evitar um alto grau de subjetividade, pondera Ferrajoli que a noção de taxatividade consiste em regra semântica metalegal de formação da linguagem jurídica e impõe ao legislador: a) que os termos usados na lei sejam determinados, por onde seja possível seu uso como predicados “verdadeiros” dos fatos empíricos previstos; (ii) a vedação da utilização de palavras vagas ou valorativas; e (iii) a exclusão, na linguagem legal, de antinomias semânticas ou, pelo menos, que sejam predispostas normas para sua solução. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 117)

conhecidos – a edição de uma proibição não terá qualquer valor se os seus destinatários não a conhecerem previamente, daí a necessidade de publicação das leis;³¹⁰ e (iv) permanentes – as leis não podem comportar uma duração definida de vigência, nem podem ser objeto de constantes alterações, devem acompanhar a realidade social, devendo ter o máximo de estabilidade possível.

Sobre a fundamentação da função de taxatividade, a doutrina tem se dividido. Alguns defendem que noção de lei certa decorre da própria estrutura da norma penal, já que como esta visa ordenar ou proibir determinado comportamento, a obediência ao seu comando teria como pressuposto lógico que o destinatário pudesse compreender o seu conteúdo.³¹¹

Outros defendem que a premissa decorre da função de intimidação da norma penal que impõe, para que esta se verifique, a compreensão do destinatário sobre o seu conteúdo, uma vez que não se pode cogitar seja o sujeito intimidado pelo que ele não conhece ou não compreende.³¹²

Há, ainda, quem defenda um fundamento de índole política,³¹³ já que a função de certeza da norma, no contexto do Estado de Direito, é proteger o indivíduo

³¹⁰ Nesse sentido, o art. 8º da Lei Complementar n. 95/98 estabelece: “A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão”. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp95.htm>. Acesso em: 27 fev. 2011)

³¹¹ A posição dessa parte da doutrina é exposta por Francesco Palazzo (p. 96-103), que atribui seu desenvolvimento na Itália a Nuvolone, cuja síntese de pensamento é: *L’esigenza della determinatezza é, dunque, una esigenza logicamente insopprimibile della norma nella sua dimensione del comando: il precedetto, quale volontà legislativa indirizzata ai suoi destinatari, può operare imperativamente solo in quanto la sua formulazione sia tale da consentire al comando di raggiungere la volontà dei sudditi* (PALAZZO, Francesco. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, p. 97). Ressalte-se que o termo *determinatezza* utilizado pelo autor nos parece ser mais amplo do que “taxatividade”, porque abrange, também, todas as considerações referentes à lei estrita, principalmente no que tange ao veto da analogia. (Nesse sentido, cf. PALAZZO, Francesco. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, p. 3-14)

³¹² A posição dessa parte da doutrina é exposta por Francesco Palazzo, que explica sua origem na noção de intimidação da norma penal teorizada por Feuerbach (PALAZZO, Francesco. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, p. 87-69). A síntese dessa exposição é de que *se la minaccia di pena deve sopprimere psicologicamente l’impulso al reato, i fatti vietati e le loro conseguenze debbono essere indicati all’autore potenziale nel modo più chiaro possibile. Il legislatore deve, quindi, utilizzare concetti generali univocamente determinati, egli deve scrivere gli elementi di ogni reato in modo determinato, chiaro ed esauriente. Il linguaggio legislativo deve essere semplice, ma conciso, chiaro ma netto, in modo che sia comprensibile dal giudice e dal popolo* (PALAZZO, Francesco. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, p. 89-90). Sob esse aspecto, embora este não seja o objetivo central com este estudo, a noção de norma penal taxativa desempenha importante papel quanto à verificação da culpabilidade do agente, pois o juízo de reprovabilidade da conduta está intimamente ligado à constatação de que o agente conhecia o âmbito e conteúdo da proibição e decidiu, podendo agir de outra forma, contrariar a norma.

³¹³ Nesse sentido, LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, p. 25.

da possibilidade da arbitrariedade estatal, provável de ocorrer no âmbito de legislações amplas e indeterminadas, já que estas ensejam um ambiente de total insegurança jurídica. Essa a nossa posição.

Não obstante os argumentos aduzidos quanto à estrutura e intimidação da norma penal sejam parcialmente verdadeiros, no modelo de Estado Democrático de Direito, a principal função da noção de uma lei taxativa é impedir que, com a edição de leis imprecisas, possa o Estado agir de forma arbitrária sobre o âmbito de liberdade do indivíduo. A síntese desse raciocínio se extrai da pena de Francesco Palazzo:

*La determinatezza della fattispecie penale, che è senza dubbio anche un strumento di certezza giuridica e di conoscibilità delle norme, costituisce soprattutto un'autolimitazione del potere statale di punire, con la qual lo Stato rinuncia all'integrale realizzazione degli scopi di difesa sociale e degli interessi del potere per anteporre ad essi il rispetto rigoroso della libertà individuale. La determinatezza è, dunque, l'espressione di una filosofia secondo la quale è preferibile garantire all'individuo una sfera di inatangiabile libertà, piú di quanto possa apparire necessario sacrificare in certi casi i diritti individuali al bene comune.*³¹⁴

Ademais, no caso de normas penais indeterminadas, a definição do que é proibido ou permitido passa para o ato de julgar, violando, inequivocamente, além do princípio da legalidade, o princípio constitucional da separação dos poderes. Estaria o Poder Judiciário, e não o Legislativo, a definir o fato crime.³¹⁵

³¹⁴ PALAZZO, Francesco. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, p. 183.

³¹⁵ Exemplo evidente de falta de taxatividade penal se recolhe dos tipos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, previstos no art. 4.º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986: “Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”. Nota-se, pela simples leitura do dispositivo, que o legislador não descreveu a conduta típica, cuja definição passa ao aplicador da lei. No caso da gestão temerária a questão ainda é mais grave, pois o legislador tipifica uma característica intrínseca da atividade financeira, que normalmente capta recursos à vista e empresta a prazo, portanto, o risco (ou temeridade) é parte integrante da atividade. A descrição legal é tão lacônica que se pode questionar: um ato só é gestão? Gestão temerária pode dar lucro? Em caso positivo, como ficaria a questão de afetação ao bem jurídico? São perguntas que o tipo não responde, demonstrando a sua mais absoluta inconstitucionalidade por falta de taxatividade e, via de consequência, violação ao princípio da legalidade e da separação dos poderes. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm>. Acesso em: 27 fev. 2011). Da mesma forma o art. 17 do mesmo diploma legal: “Art. 17. Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consangüíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer

Para a elaboração de uma norma penal incriminadora clara, tal como exigido pela concepção de Estado por nós adotada, é imprescindível que o legislador siga uma eficiente técnica legislativa.³¹⁶

Essa obrigação encontra-se positivada em nosso ordenamento jurídico não somente em âmbito constitucional, mas também nos termos da Lei Complementar n. 95/98 que, atendendo ao que preceitua o art. 59, parágrafo único, da Constituição, impõe ao legislador, nos termos de seus arts. 7º, inciso III, e 11, o dever de redação clara, precisa, lógica e, portanto, taxativa das disposições legais.³¹⁷

dessas pessoas: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem: I – em nome próprio, como controlador ou na condição de administrador da sociedade, conceder ou receber adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, nas condições referidas neste artigo; II – de forma disfarçada, promover a distribuição ou receber lucros de instituição financeira”. Tal dispositivo, além de dificuldades quanto à sua compreensão gramatical, se interpretado literalmente, impede que a esposa de um banqueiro tenha acesso a cheque especial, tratando-se, portanto, de criminalização absolutamente despropositada. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm>. Acesso em: 27 jun. 2011). Sobre a deficiência na redação do tipo, cf. MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Crimes contra o sistema financeiro: as “Triangulações” e a “Doutrina da Estrada de Santos”. *Revista do Advogado*: atualidades em direito penal, p. 35; WALD, Arnold. Da interpretação da Lei 7.492/86 e das suas eventuais conseqüências em relação às operações das empresas de arrendamento mercantil. *Revista dos Tribunais*, p. 53-79.

³¹⁶ Sobre o tema, Kildare Gonçalves Carvalho destaca: “Outro aspecto relativo à redação das leis envolve sua qualidade, que se manifesta na clareza semântica (adequado uso da linguagem ordinária) e na clareza normativa (expressão clara de sua condição de norma, de seu conteúdo e de sua vigência). O Direito é linguagem” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*, p. 111-112). Também destacando a importância do tema, WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 27.

³¹⁷ “Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: [...] III – o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva;” “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: I – para a obtenção de clareza: a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando; b) usar frases curtas e concisas; c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico; II – para a obtenção de precisão: a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma; b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado; f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as

Quando da elaboração dos textos legais, deve o legislador evitar a utilização de termos vagos, indeterminados, expressões ambíguas ou desnecessárias, todas causadoras de enorme insegurança jurídica, devendo optar, sempre, por uma linguagem correta e uniforme.

Ocorre que, em determinados casos, o legislador pode se limitar a utilizar termos já valorados pela cultura geral, em que não há necessidade de esclarecer seu conteúdo (fácil redação taxativa), e em outros ele se vê constricto a utilizar termos ainda não exaustivamente definidos na linguagem popular ou científica. Nessas hipóteses, para evitar uma norma penal imprecisa, passa a ser função do legislador definir e delimitar os termos vagos.

Assim, diante da impossibilidade de construção de uma norma penal mediante elementares meramente descritivas ou objetivas,³¹⁸ ou seja, em razão da inevitabilidade de elementares axiológicas,³¹⁹ é preciso definir o limite de determinação da norma penal, que, ultrapassado, ensejará sua invalidade por violação ao dispositivo constitucional da lei certa.

A tentativa de construir um critério definitivo desse limite deve moderar o valor da segurança jurídica mediante uma norma penal o mais neutra possível quanto a questões valorativas e o imperativo de generalidade da lei, necessário para

expressões 'anterior', 'seguinte' ou equivalentes; III – para a obtenção de ordem lógica: a) reunir sob as categorias de agregação – subseção, seção, capítulo, título e livro – apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei; b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio; c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens". (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp95.htm. Acesso em: 27 de fev. 2011)

³¹⁸ Esse objetivo, que consistia na utopia liberal, é impossível de ser atingido diante do reconhecimento de que a linguagem jurídica, como qualquer outra, sempre vai carecer de algum grau de vagueza ou ambiguidade. Sobre o tema Luigi Ferrajoli assevera que sempre haverá uma "certa margem insuprimível de incerteza e, portanto, de discricionariedade na interpretação da lei. Para usar uma formosa imagem de Herbert Hart, em todas as leis existe, junto ao um núcleo "luminoso", uma zona de "penumbra", que cobre os "casos discutíveis", nos quais as palavras da lei "não são obviamente aplicáveis..., mas tampouco claramente excludíveis". [...] A certeza (da verdade) jurídica, ainda quando seja um mito, se se entender como "perfeita correspondência", pode ser na realidade maior ou menor, segundo a linguagem das leis seja precisa ou vaga, denote fatos ou expresse valores e esteja livre ou não de antinomias semânticas" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 118). Sobre o tema, a Professora Misabel Derzi ensina que, "embora sem olvidar as contribuições inestimáveis de Soler à ciência do direito, deve-se dizer que Carrió está coberto de razão. A "zona de penumbra" nunca é eliminada, mas reduzida ou alargada, segundo as tendências predominantes no direito ou em certos ramos jurídicos". (DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, p. 112)

³¹⁹ Que, por outro lado, não podem consistir em cheque em branco ao legislador ou ao aplicador da lei. (Cf., nesse sentido, SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 261)

que a norma penal se aproxime das circunstâncias do mundo real, evitando um caráter meramente casuístico.³²⁰

Essa não é uma tarefa fácil, tanto que no intuito de se estabelecer um limite efetivo, vários foram os critérios sugeridos.

Um dos parâmetros propostos foi o de vincular o grau de determinação à gravidade do delito, ou seja, quanto maior a pena cominada, mais clara e taxativa deveria ser a sua descrição legal.³²¹

Esse não nos parece ser um critério válido, até porque a prerrogativa da lei certa, como desdobramento do princípio da legalidade, deve orientar todo o direito penal, que, no Estado Democrático de Direito, é uno e indivisível quanto à necessidade de respeitar as garantias e direitos fundamentais.

Outro limite sugerido foi o da interpretação determinante, segundo a qual seria admitida a constitucionalidade de normas indeterminadas desde que estas fossem definidas, *a posteriori*, por critérios de interpretação restritiva.³²²

Essa sugestão, embora possa ser útil no contexto de determinar a interpretação restritiva dos dispositivos indeterminados, não pode ser admitida como regra geral de constitucionalidade das normas indeterminadas. Essa orientação viola o princípio da separação dos poderes, uma vez que permite ao Poder Judiciário, mediante o exercício interpretativo inerente à aplicação da lei, definir efetivamente o comportamento proibido.³²³

Há, também, uma corrente que defende como parâmetro a mera determinação do núcleo do tipo, segundo a qual bastaria definir a abrangência nuclear da conduta, para que se atendesse à obrigação de taxatividade, sendo

³²⁰ “Uma técnica legislativa correta deve, assim, fugir tanto dos conceitos excessivamente vagos, nos quais não é possível estabelecer uma interpretação segura, como das enumerações excessivamente casuísticas, que não permitem abarcar todas as matizes da realidade”. (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 244)

³²¹ Esse critério já foi adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão. (Cf. ROXIN, *Claus. Derecho penal: parte general*, t. 1, p. 171)

³²² Nesse sentido, cf. MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, p. 117; MUÑOZ CONDE, Francisco, ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho penal: parte general*, p. 116 *apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 250.

³²³ Esse critério, apesar das nossas críticas, é utilizado pela Corte Suprema norte-americana nos casos de leis ambíguas, que prefere adotar os critérios da interpretação conforme à Constituição, à declaração de nulidade do tipo penal. (MATUTE, Javier Donde. *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, p. 208)

permitido que os complementos da norma penal fossem, de certo modo, indeterminados.³²⁴

Um critério dessa natureza, certamente, ao permitir grande indeterminação normativa, esvazia a função de lei certa, que exige a determinação de todo o tipo legal, e não apenas de sua conduta nuclear. Ademais, o caráter ilícito da conduta é indivisível, deve abranger a totalidade da norma, e não somente parte dela.

Outros doutrinadores pretendem estabelecer, ainda, um critério orientado pela proporcionalidade, no sentido de que a indeterminação seria possível se o interesse de solução do caso concreto fosse preponderante em relação à necessidade da segurança jurídica.³²⁵

Tal critério também não nos parece razoável. Pretender valorar o princípio da proporcionalidade em patamar acima do princípio da legalidade, com o objetivo, em última instância, de elevar o interesse punitivo do Estado acima do ambiente de segurança jurídica como garantia do indivíduo consiste em flagrante violação à própria concepção de Estado de Direito.

Parte da doutrina pretende defender um critério da máxima possibilidade de determinação legislativa. Assim, a lei seria inconstitucional quando indeterminada e desde que fosse possível ao legislador ser mais claro.³²⁶

Trata-se, a nosso juízo, de parâmetro, embora parcialmente verdadeiro, insuficiente. Se, por um lado, não nos resta dúvida de que toda vez que o legislador puder ser claro e não o for estaremos diante de uma normativa inconstitucional, por outro, o simples fato de não poder ser claro não tem o condão de legitimar diplomas imprecisos e indeterminados.

Existem, ainda, os que sustentam critério que se baseia na finalidade do legislador, no sentido de que bastaria, para a validade da norma, que estivesse explícita a cognição do fim protetivo eleito por quem elabora o diploma legislativo.³²⁷

³²⁴ Nesse sentido, MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. I, p. 186 *apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 251.

³²⁵ LENKNER, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz, "nullum crimen sine lege", *Jus* 1968, 249, 304; SEEL, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale und der Grundsatz nullum crimen sine lege (Art. 103 II GG), tes. doct. München, 1965 *apud* ROXIN, *Claus. Derecho penal: parte general*, t. 1, p. 171.

³²⁶ JAKOBS Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, p. 95-96.

³²⁷ ROXIN, *Claus. Derecho penal: parte general*, p. 172.

Também esse nos parece ser um parâmetro insatisfatório, já que todo elemento do tipo penal estaria, em última análise, ligado à finalidade de proteção ao bem jurídico. Portanto, todos os diplomas legais seriam facilmente legitimados, mesmo que indeterminados.³²⁸

Além disso, o critério hermenêutico da finalidade do legislador já foi ultrapassado desde a metade do século XX, sendo substituído pela interpretação convergente com os valores insculpidos no ordenamento constitucional.

Andrei Zenkner Schmidt, sustentando uma diferença entre vagueza e polissemia, defende a possibilidade da utilização pelo legislador, sem violação do princípio da legalidade, de termos vagos, sendo vedados os polissêmicos. Para o autor, na vagueza, o termo não está determinado, mas é determinável genericamente mediante definição explicativa, com a reunião de características tidas como fundamentais pelo intérprete para defini-lo naquele caso específico ou em outros casos (a determinação se daria por características conotativas).³²⁹

Na polissemia, embora também o termo não esteja determinado, somente é determinável especificamente mediante uma definição persuasiva, utilizando-se uma classificação de propriedades consideradas fundamentais pelo intérprete para um caso específico (sua determinação se daria por características denotativas).³³⁰ Utiliza-se, para a determinação, uma técnica eminentemente casuística.

Na visão de Andrei Zenkner, a vagueza é aceitável para evitar a polissemia. Todavia, pondera que daquela (vagueza) não se pode abusar, já que as expressões vagas devem ser subsidiárias, ou seja, somente podem ser utilizadas se não houver outra forma de compor a norma penal.

Esse também nos parece ser um raciocínio extremamente perigoso. É inquestionável que a utilização de termos vagos³³¹ pode, em certas hipóteses, extrapolar os limites razoáveis para a criação de um ambiente de segurança jurídica, que, em última análise, consiste no valor constitucional concretizado pelo princípio da legalidade.

³²⁸ Nesse ponto haveria, como já asseveramos no primeiro capítulo, o giro legitimante da noção de bem jurídico-penal.

³²⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 240.

³³⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 240.

³³¹ Até porque, em razão da própria natureza da linguagem, qualquer termo terá um grau maior ou menor de vagueza e ambiguidade.

Acreditamos que a ideologia de um direito penal mínimo, orientadora do nosso ordenamento constitucional, impõe, em todos os casos, que a determinação da norma penal incriminadora seja a maior possível.

O diploma legal deve permitir o conhecimento e a compreensão prévios sobre a abrangência e o conteúdo da proibição, sob pena de invalidade por vício constitucional.

Portanto, não obstante a dificuldade em estabelecer um critério definitivo quanto ao grau de taxatividade, já que esta não comporta demonstração científica, para que se esteja diante de uma norma penal recepcionada pela prerrogativa constitucional de lei certa, deve o legislador, das duas uma: (i) limitar-se a utilizar termos já valorados pela linguagem geral, cujo conteúdo esteja esclarecido ao jurisdicionado, uma vez que expressa um contexto linguístico consensualmente delimitado e aceito pela comunidade; ou (ii) definir, em termos taxativos e mediante texto de lei, qual o significado, para efeito da aplicação daquela norma, das elementares que não puderem se enquadrar na primeira hipótese.

Essa é uma técnica legislativa já utilizada em certos casos como, por exemplo, na lei de licitações, Lei n. 8.666/93 que, em seu art. 6º,³³² define o significado de vários conceitos utilizados ao longo do diploma legal.

³³² “Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: I – Obra – toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta; II – Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; III – Compra – toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente; IV – Alienação – toda transferência de domínio de bens a terceiros; V – Obras, serviços e compras de grande vulto – aquelas cujo valor estimado seja superior a 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido na alínea "c" do inciso I do art. 23 desta Lei; VI – Seguro-Garantia – o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos; VII – Execução direta – a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios; VIII – Execução indireta – a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: a) empreitada por preço global – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas; c) (Vetado). d) tarefa – quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais; e) empreitada integral – quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada; IX – Projeto Básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do

Ressalte-se, todavia, que não obstante possa ser útil ao legislador penal valer-se de diplomas extrapenais para esclarecer o significado de elementos constitutivos da norma incriminadora, essa técnica encontra limites na noção de *ultima ratio* do direito penal.

Essa observação torna-se relevante, pois tem sido usual que nosso legislador penal, no âmbito do tipo, mediante a técnica de reenvio, limite-se a criminalizar, de uma só toada, sem qualquer descrição pormenorizada de conduta, qualquer violação à legislação extrapenal de determinada atividade.³³³

prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados; X – Projeto Executivo – o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT; XI – Administração Pública – a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas; XII – Administração – órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente; XIII – Imprensa Oficial – veículo oficial de divulgação da Administração Pública, sendo para a União o Diário Oficial da União, e, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que for definido nas respectivas leis; XIV – Contratante – é o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual; XV – Contratado – a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública; XVI – Comissão – comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes. XVII – produtos manufaturados nacionais – produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal; XVIII – serviços nacionais – serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal; XIX – sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos – bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade”. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 25 fev. 2011)

³³³ A título de exemplo, estabelece o art. 1º da Lei n. 8.176/91: “Art. 1º Constitui crime contra a ordem econômica: I – adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei; II – usar gás liqüefeito de petróleo em motores de qualquer espécie, saunas, caldeiras e aquecimento de piscinas, ou para fins automotivos, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei. Pena: detenção de um a cinco anos”. Não pode a norma penal, mediante uma simples elementar “em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei” criminalizar, de forma ampla e irrestrita, toda e qualquer violação cível às normas referentes à comercialização de combustíveis. Esse tipo de norma penal

Quanto à constatação de que uma determinação absoluta do texto legal seja impossível, consistindo em um ideal utópico,³³⁴ entendemos que essa premissa empírica não enseja a dispensa ou a relativização da noção de taxatividade como garantia individual, mas, ao contrário, implica sua valorização.

Nesse ponto, aplica-se, quanto à taxatividade, o raciocínio fundamental do funcionalismo redutor defendido por Zaffaroni, no que diz respeito à constatação de que todo saber deve estabelecer os seus limites.

Portanto, o limite da noção de determinação da norma penal é a fluidez inevitável de qualquer conceito linguístico.

O legislador tem o dever de, mediante uma técnica legislativa adequada, limitar o nível de indeterminação das normas às suas circunstâncias inevitáveis, sendo certo, ainda que, como elemento adicional à noção de determinação legislativa, é vedado ao julgador interpretar extensivamente as leis penais incriminadoras.

Com essas premissas, estamos diante de um critério que reafirma e valoriza a prerrogativa de uma lei certa e determinada, concretizando a garantia de um direito penal mínimo, orientado por um ambiente de segurança jurídica,³³⁵ mesmo reconhecendo a moderna concepção que afasta o dogma de infalibilidade da linguagem jurídica (admitindo-se, portanto, que esta possui os mesmos problemas da linguagem comum).

Nas hipóteses em que esse limite natural (e intransponível) da taxatividade implicar normas penais cujas elementares não possuam consenso

coloca no mesmo patamar condutas que podem ser absolutamente díspares. Equipara a situação de um sujeito que, apesar de comerciante regular, tem um extintor de incêndio a menos do que deveria ter segundo a legislação específica, com aquele que comercializa combustível adulterado e que sempre atuou à margem da lei, violando, portanto, os princípios da isonomia e proporcionalidade. Além disso, não atende à noção de *ultima ratio* do direito penal, na medida em que criminaliza, indistintamente, toda a regulação cível da venda de combustível. Espanca, ainda, o princípio da legalidade, já que não define, sequer em termos razoáveis, os limites da conduta ilícita. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8176.htm. Acesso em: 25 de fev. 2011)

³³⁴ A aplicação dos conceitos definidos no texto legal implicará, sempre, em algum grau de atividade interpretativa, até porque, mesmo os termos considerados determinados, podem, com o surgimento de uma nova circunstância, às vezes imprevisível ao legislador no momento de redação, ter seu significado alterado.

³³⁵ Essa visão quanto à necessidade de taxatividade da lei penal, conforme assevera Javier Dondé Matute tem um reconhecimento geral no âmbito do direito internacional, já que sem embargo de se reconhecer que *la naturaleza propia del lenguaje hace que la completa precisión sea un ideal inalcanzable [...] hay consenso en que las definiciones típicas ambíguas* são “una violación al Principio de Legalidad Penal. (MATUTE, Javier Donde. *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, p. 206)

mínimo, seja na linguagem popular, seja na linguagem científica ou técnica correspondente, a melhor opção é prescindir da intervenção penal.

Essa solução encontra fundamento dogmático na concepção de Estado Democrático de Direito,³³⁶ diante da noção de *ultima ratio* da intervenção penal. O direito penal deve, necessariamente, ser o último instrumento a ser utilizado pelo Estado, que, mesmo assim, somente poderá a ele recorrer caso as demais formas de intervenção tenham sido ineficientes e, ainda, caso haja fundada confiança de que a intervenção penal possa ser eficaz.³³⁷

Se o direito penal deve, necessariamente, ser o último a intervir, se não pode ser um ato impulsivo e impensado do legislador, se não pode ser implementado sem reflexão,³³⁸ somente poderá atuar quando a linguagem necessária para a elaboração de suas normas já tiver sido suficientemente evoluída e consolidada no âmbito extrapenal.

A utilização de expressões linguísticas como elementares da norma penal, cujos significados ainda não tenham sido suficientemente discutidos, elaborados e delimitados pelo contexto social, implicará a violação da noção de *ultima ratio* da intervenção penal e, ainda, grande risco à prerrogativa de lei certa decorrente do princípio da legalidade.

A título de exemplo, se ainda impossível definir com clareza razoável, no âmbito jurídico, vários dos conceitos necessários à tutela cível do dito direito virtual

³³⁶ Nesse sentido, doutrina o Professor Paulo de Souza Queiroz que a subsidiariedade do direito penal no âmbito do Estado Democrático de Direito decorre “de imposição político-criminal”. (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*, p. 58)

³³⁷ Sobre o tema, recorremos, mais uma vez, à lição do Professor Paulo de Souza Queiroz, quando afirma que “a intervenção penal deve pressupor, necessariamente: a) a utilização e efetivo funcionamento dos instrumentos primários de prevenção do comportamento desviado e ter ainda presente todo o aparato de controle social já existente; b) que tais instrumentos utilizados, racionalmente utilizados, não bastem (fracassem) para dita prevenção e controle; c) possa o direito penal, subsidiando-os, concorrer, utilmente, para redução, a níveis toleráveis, do fenômeno delitivo. Exige-se, numa palavra, para ter lugar a extrema intervenção penal, necessidade e adequação dessa intervenção (proporcionalidade)” (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*, p. 69-70). Nesse sentido, cf., também, VARGAS José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 3.

³³⁸ Fazendo uma analogia a um tratamento de saúde, o direito penal seria a “*quimioterapia*” do Estado, ou seja, um tratamento a ser utilizado apenas em casos graves, até em razão de seus, também graves, efeitos colaterais. Nas palavras de Paulo de Souza Queiroz: “o direito penal deve se ater àquelas condutas particularmente danosas, cuja repressão não se possa confiar a instâncias mais adequadas, e socialmente menos onerosas (que requeiram menores custos sociais), de controle social. Em síntese, o direito penal é um mal, mas um mal necessário, inevitável, que se impõe racionalizar e minimizar”. (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*, p. 52)

(ou da informática), já que, do ponto de vista tecnológico, esses conceitos ainda não estão sedimentados, inviável cogitar sobre um direito penal eletrônico.

Essa conclusão se baseia em duas constatações: (i) a uma, porque, enquanto não estiver sedimentada e experimentada a regulação cível, não será possível verificar sua eficiência e, via de consequência, a necessidade da intervenção penal (*ultima ratio*); (ii) a duas, porque, num ambiente de conceitos ainda não sedimentados, seria impossível cogitar em uma intervenção penal taxativa (legalidade), até porque não se pode exigir do jurisdicionado a compreensão de termos cujo significado ainda não é objeto de consenso sequer entre os *experts*.³³⁹

Ressalte-se, mais uma vez, que a concretização dessas garantias de modo a reprimir os abusos por parte do legislador somente ocorrerá diante da consciência de que nosso modelo constitucional adotou uma política criminal garantista e de um direito penal mínimo. Sem essa consciência ideológica, mais uma vez, qualquer critério ou limite será ineficaz.³⁴⁰

2.8 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A TIPICIDADE

Importante dissertar, ainda, sobre o principal ponto de interligação do princípio da legalidade com a estrutura analítica do crime, entendida como uma conduta típica, antijurídica e culpável.

Essa vinculação se dá no âmbito da tipicidade, já que o que deve ser prévio, escrito, estrito e certo é o tipo.³⁴¹

³³⁹ Consigne-se que todas as ponderações feitas quanto à taxatividade da norma penal, no que tange à descrição da conduta punível, são aplicáveis à pena, cujo conteúdo também deve estar, *a priori*, definido no texto legal. Essa constatação é evidente uma vez que um ambiente de segurança jurídica impõe sejam os indivíduos informados, previamente e de forma taxativa, quanto ao “o que” constitui o delito, bem como sobre quais suas consequências.

³⁴⁰ Sobre como a noção de uma lei certa tem sido burlada, Luigi Ferrajoli destaca “o esvaziamento do significado empírico ou extensivo das palavras usadas pela norma”, que cria o tipo penal, implicando a “expansão do poder do juiz” bem como o “modo de configurar a sanção por meio da denominação diversa de ‘pena’”. Ensina o jurista italiano que “as duas técnicas concorrem igualmente para o rebaixamento do nosso ordenamento penal, de um sistema retributivo de estrita legalidade para um sistema tendentemente preventivo de legalidade em sentido lato”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 653-654)

³⁴¹ Claudio Brandão sustenta a interface do princípio da legalidade com todas as categorias do conceito analítico de crime. Mas o próprio autor assevera que “a Tipicidade é o cumprimento do

Entende-se por tipo o esquema ou o modelo de ação ou omissão imaginada e descrita pelo legislador, de provável ocorrência na realidade da vida, capaz de causar dano ou perigo a um bem jurídico digno de reconhecimento penal.³⁴²

Já a tipicidade consiste na qualidade de adequar-se ao tipo.³⁴³ A noção de tipo no direito penal tem origem na obra de Beling que, em 1906, definiu o instituto como pura descrição objetiva, desprovido de qualquer valoração. Esse conceito evoluiu com Mayer, que lhe acrescentou componentes axiológicos (elementos normativos) e se aperfeiçoou com Mezger, que revelou a existência do seu conteúdo subjetivo.³⁴⁴

Contudo, foi com a doutrina do finalismo penal, sistematizada por Welzel, que o tipo tomou as feições dogmáticas atuais, em que o dolo e a culpa passaram a integrar o conceito.³⁴⁵

O conceito de tipo,³⁴⁶ portanto, evoluiu de uma noção avalorativa para uma de dupla valoração. Um desvalor ético-social na origem da própria elaboração da norma e uma carga valorativa contida no próprio tipo,³⁴⁷ já que a noção da

próprio Princípio da Legalidade porque ela tem uma função de garantia". (BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise à luz do princípio da legalidade*, p. 94)

³⁴² Nesse sentido, a Professora Misabel de Abreu Machado Derzi, que expõe várias utilizações impróprias do termo no campo das ciências jurídicas, ressalta que o núcleo de sentido comum aos diversos usos de tipo no direito "é ser uma abstração generalizadora que abandona as diferenças individuais – um padrão. É sentido não técnico, portanto, mas extraído desses diferentes usos da palavra tipo". (DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, p. 69)

³⁴³ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*, p. 101-102.

³⁴⁴ Cf. VON BELING, Ernest. *La doctrina del delito-tipo*. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944 *apud* VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 19-32; MAYER, Max Ernest citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1951. v. 3; MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955 *apud* VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p.19-32.

³⁴⁵ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*, p. 73-93

³⁴⁶ No contexto atual, as noções de tipo podem ser classificadas, quanto ao seu significado, em: (i) tipo legal, aquele que descreve a conduta ou modelo abstrato de comportamento proibido, consiste na descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas, ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem consideradas intoleráveis pela ordem jurídica (mais comuns nas partes especiais dos códigos penais); (ii) tipo permissivo, que estabelece as causas de exclusão de crime ou de pena (mais comuns nas partes gerais dos códigos penais); e (iii) tipos de injusto, que abrangem tanto a noção da tipicidade quando a de ilicitude. Há, ainda, a categoria dos tipos derivados, cuja função é descrever circunstâncias que agravem ou atenuem a punibilidade.

³⁴⁷ No que tange à carga valorativa, importante ressaltar duas posições sobre o juízo de desvalor da ação e do resultado: a) concepção monista, segundo a qual basta o desvalor da ação para a conformação do injusto penal; e b) concepção dualista, segundo a qual o desvalor da ação (dolo/culpa) e o desvalor do resultado (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico) integram o

tipicidade qualifica formas de comportamento humano, estabelecendo a linha divisória do que é permitido e o que não é.³⁴⁸

Em razão disso, costuma-se afirmar que o legislador seleciona os tipos e os tipos selecionam as condutas humanas.³⁴⁹

Quanto ao juízo de tipicidade, ele pode ser formal e consiste na correspondência entre a conduta realizada pelo agente e os elementos essenciais da figura descrita no tipo legal, ou material,³⁵⁰ que exige, para que o comportamento seja típico, além da subsunção fática, que a conduta expresse danosidade social, que seja ela ética e socialmente reprovável.

As noções de tipo e tipicidade, assim como o princípio da legalidade, desempenham, no contexto do Estado Democrático de Direito, uma função de garantia³⁵¹ e de controle do poder punitivo, na medida em que traçam os estritos limites daquilo que é permitido ou proibido.³⁵²

conceito de injusto penal. Esta última linha nos parece mais adequada ao direito penal adotado pelo nosso modelo de Estado.

³⁴⁸ Esclarece José Cirilo de Vargas: “Das imensas possibilidades de alguém atuar injustamente, o Legislador escolhe aquelas formas de conduta que, em razão de sua censurabilidade, são proibidas, sob ameaça de pena; estas ações são descritas pelo tipo, surgindo daí uma função capital, que é a de possibilitar ao cidadão orientar-se no sentido de conhecer o que é desaprovado, ou não”. (VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 49)

³⁴⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 127-128.

³⁵⁰ A noção de tipicidade material reconhece que o comportamento criminoso não transgredir a lei penal meramente por ajustar-se a o tipo legal de crime, mas, sim, transgredir o mandamento normativo subjacente ao tipo. Esse raciocínio fundamenta a concepção da tipicidade conglobante defendida por Zaffaroni, segundo a qual uma conduta não pode ser típica se aceita, tolerada ou permitida em outras esferas do ordenamento jurídico, já que o seu conteúdo proibitivo deverá ser confrontado com o conteúdo proibitivo de todo ordenamento, a tipicidade legal (o que a lei prescreve – conduta que deve se adequar ao tipo), mais a tipicidade conglobada (necessidade de que a conduta deve violar a norma fundamentadora do tipo) é que resulta na tipicidade penal (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p. 483-486). Também sobre a noção de tipicidade material, VARGAS, José Cirilo de (*Do tipo penal*, p. 1). Importante ponderar, que a diferenciação entre a tipicidade conglobante e as causas de exclusão de ilicitude reside no fato de que aquela não surge em função de permissões que a ordem jurídica resignadamente concede, e sim em razão de mandatos ou fomentos normativos ou de indiferença (por insignificância) da lei penal. Sobre a importância da tipicidade material cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 129. Na mesma linha, sobre a importância da noção de tipicidade conglobante como elemento concretizador das garantias constitucionais, cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento do dever legal*, p. 101.

³⁵¹ Ao desempenhar essa função seletiva ou de garantia, a noção de tipo garante a igualdade de todos perante a lei diante da proibição de criação de normas casuísticas, bem como delimita o *inter-criminis*. A noção de tipo, portanto, possui tanto um fator negativo, desvalorando a conduta ao criminalizá-la, quanto positivo, haja vista que exerce a função de garantia ao descriminar os fatos atípicos. O modelo de Estado por nós adotado afasta qualquer possibilidade de se sustentar a existência de um “injusto material merecedor de pena”, e, “por esta razón, ciertas conductas, a pesar de no cumplir con la literal descripción del texto legal, infligen igualmente con claridad la norma de comportamiento que aquél se deriva o que aún cumpliéndola la vulneran” (RIGGI, Eduardo Javier. *Interpretación y ley penal: un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, p. 354-

Há de se ressaltar, ainda, a função do tipo em relação à noção de ilicitude, tema sobre o qual existem as seguintes posições: a) a teoria do tipo independente ou avalorado: a tipicidade absolutamente separada da ilicitude (sistema List-Belling); b) teoria indiciária (sistema Welzel-Maurach): a tipicidade constitui indício da ilicitude (adotada pela doutrina finalista da ação); c) a teoria da identidade (sistema Sauer-Mezger): a tipicidade conduz necessariamente à ilicitude e; d) a teoria dos elementos negativos do tipo (Merkel): causas de justificação integram o tipo de injusto (como elementos negativos) e são excludentes da tipicidade e da ilicitude, que se fundem.³⁵³

Atualmente, a doutrina se divide quanto ao tipo como *ratio cognoscendi* ou *ratio essendi*.

Segundo a primeira corrente, o tipo desempenha a presunção *juris tantum* de ilicitude, superada apenas nas hipóteses de superveniência de uma causa de justificação (exemplificada numa relação de “fumaça e fogo”).³⁵⁴

359). Isso porque a valorização de um injusto material deve reforçar e não mitigar a função formal de garantia desempenhada pela tipicidade, sob pena de não se impor um limite formal suficiente à intervenção penal.

³⁵² Diante disso, nossa posição é de que os tipos devem ser fechados, ou seja, têm a função de descrever de forma completa o modelo de conduta proibido, deixando ao intérprete a tarefa de constatar a correspondência entre a conduta concreta e a descrição típica. Os denominados tipos abertos, nos quais essa descrição estaria incompleta, transferindo ao intérprete o encargo de completar o tipo, não se enquadram no nosso modelo constitucional. Nesse ponto, nossa posição diverge daqueles que entendem que nos delitos culposos os tipos seriam necessariamente abertos, porque precisariam ser completados pela norma geral que impõe a observância do dever de cuidado ou da criação do risco desautorizado (nesse sentido WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*, p. 157; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p. 549; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, t. 1, p. 1.029; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARIÁN. *Derecho penal: parte general*, p. 323; COSTA JÚNIOR, Heitor. *Teoria dos delitos culposos*, p. 55; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 239; e SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*, p. 86 *apud* TAVARES Juarez. *Teoria do crime culposo*, p. 277). Assim como Juarez Tavares, entendemos que também os delitos culposos carecem de tipos fechados, sob pena de ser afetada a segurança jurídica e o princípio da legalidade. Nos delitos culposos, “a complementação pelo juiz de elementos normativos, contidos no tipo”, consiste na “confrontação entre o tipo e normas permissivas, que figuram como elementos objetivos de valoração”. Da mesma forma, nos crimes omissivos impróprios, não há que se falar em tipo aberto, já que, nesse contexto, “não assume qualquer função a chamada situação típica”, uma vez que o “objeto referencial é dado para ação e não para a omissão”; portanto, “torna-se indispensável nesses delitos, para efeito de atender ao princípio da legalidade que as condições pelas quais um sujeito se insere como garantidor de um determinado bem jurídico se vejam descritas expressamente na lei. Como, por seu turno, essas condições vêm descritas no art. 13,§2º, do Código Penal, é a partir delas, e não de outras circunstâncias, que se deve proceder à delimitação da omissão imprópria culposa”. (TAVARES Juarez. *Teoria do crime culposo*, p. 277-281, 486)

³⁵³ LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, p. 61-74.

³⁵⁴ Nessa linha, MAYER, Max Ernest citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1951, v. 3 *apud* VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 49; WELZEL,

Já a segunda corrente defende que a ilicitude seria a razão de ser do tipo, dando-lhe sentido e fundamentando-o.³⁵⁵

Quanto à relação tipicidade-ilicitude, acreditamos que o modelo mais adequado é o da *ratio cognoscendi*, até porque não há dúvidas de que a ilicitude é uma categoria autônoma no conceito analítico de crime atual, não se confundindo com a noção de tipicidade.

Além disso, ao transferir para o tipo a função de incorporar a essência da ilicitude, a teoria da *ratio essendi* admite a inclusão no tipo, de elementares antecipatórias da noção de ilicitude, o que implica dificuldade ainda maior na redação de um tipo taxativo e, portanto, eficaz em cumprir a sua função principal de garantia.³⁵⁶

Para efeitos deste estudo, interessa mais de perto uma reflexão quanto à estrutura do tipo, que deve evidenciar: (i) a conduta representada pelo verbo núcleo (ação ou omissão) com a descrição de todos os seus complementos (instrumentos, meios e modos de execução); (ii) o objeto da ação (objeto material do delito); (iii) a descrição do sujeito ativo ou passivo (que podem ser indeterminados – qualquer pessoa – ou podem requerer alguma característica especial, no caso dos sujeitos ativos – crimes próprios); (iv) a informação quanto ao aspecto subjetivo da conduta (dolo ou culpa); (v) a descrição do resultado (naturalístico ou jurídico) e; (vi) a noção do nexo de causalidade.

Nesse sentido, a estrutura do tipo é constituída de elementos subjetivos e objetivos.

Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*, p. 67 a 71; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, p. 43; *apud* LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, p. 61-74. No mesmo sentido, BITENCOURT, César Roberto. *Manual de direito penal*, t. I, p. 192.

³⁵⁵ Nesse sentido, TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 119-125; VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 51-65; MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 365-378; *apud* LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, p. 61-74, e REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*, p. 42-43 Na mesma linha, LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, p. 61-74. Miguel Reale Júnior sustenta, ainda, a noção das causas de justificação como elementos negativos do tipo. (Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito* p. 42-43)

³⁵⁶ Sobre a diminuição da função de garantia do tipo penal sob uma concepção bipartida do delito (ou diante da noção da denominada antijuridicidade concreta), cf. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*, p. 70-71. A autora sustenta o risco de, nessa concepção, o tipo, ao perder sua função indiciária da ilicitude, acabar permitindo a relativização da própria noção de lei penal escrita.

Os elementos subjetivos são os fenômenos afeitos ao mundo anímico do agente; constituem “circunstâncias que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor”.³⁵⁷

O dolo é o elemento subjetivo por excelência. Consiste na vontade do agente em realizar a figura objetiva prevista no tipo penal, compreendendo todas as suas elementares.³⁵⁸

A culpa em sentido estrito³⁵⁹ consiste na conduta humana que realiza o tipo penal por meio da infração de uma norma de cuidado, ultrapassando o limite do risco autorizado. Possui como elementos a inobservância da cautela objetivamente devida criadora do risco proibido, o resultado, seu nexos causal e a previsibilidade objetiva do resultado.

Os elementos objetivos consistem em todas as circunstâncias da ação típica que não pertencem ao psiquismo do agente, pois dele independem, têm validade externa.

O tipo objetivo pode ser subdividido entre os denominados elementos descritivos e normativos.³⁶⁰

Os elementos descritivos são aqueles de simples constatação sensoriais; são juízos de realidade, fenômenos ou coisas apreensíveis diretamente pelo intérprete.³⁶¹

³⁵⁷ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 295.

³⁵⁸ Compõe o dolo o elemento cognitivo, que consiste na consciência do fato e na previsão dos elementos do tipo. É a vontade de agir, considerando o resultado e o nexos de causalidade, bem como a capacidade de influir no curso causal da ação.

³⁵⁹ Para Juarez Tavares a culpa em sentido estrito, apesar de didaticamente ser tratada como elemento subjetivo do tipo, tem natureza normativa, já que o fim da ação culposa é lícito, todavia, foi realizada sem a diligência ou cuidado devidos, causando resultado juridicamente relevante. (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*, p. 296-298)

³⁶⁰ Sobre a divisão dos elementos objetivos em descritivos e normativos, cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2000, p. 188, e TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 153.

³⁶¹ Nesse sentido, pelo paradigma moderno da filosofia da linguagem, essa noção de elementos descritivos deve ser mitigada (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 261). No mesmo sentido, sobre a questão da redação dos tipos mediante elementos meramente descritivos, não obstante ser uma “técnica de legiferação hábil a garantir a taxatividade dos tipos penais” já que “podem ser apreendidos pelo intérprete mediante a simples leitura da figura delituosa, sem que seja necessário, para sua compreensão, o recurso a qualquer forma de artifício ou valoração”, cabe a observação de que nenhuma expressão “é simplesmente descritiva”. Nesse sentido, pode-se dizer que todas as características são (mais ou menos) normativas”. (PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim. *Crimes de trânsito na lei 9.503/97*, p. 39-41)

Os elementos normativos são aqueles que só adquirem sentido quando completados por um juízo de valor preexistente em outras normas jurídicas ou ético-sociais. São, na pena do professor Miguel Reale Júnior,

elementos de conteúdo variável, aferidos a partir de outras normas jurídicas, ou extrajurídicas, quando da aplicação do tipo penal ao fato concreto. Os elementos normativos, malgrado terem conteúdo variável, definível através de um processo não de percepção, mas de compreensão, não destoam na estrutura do tipo.³⁶²

No que tange ao preceito da taxatividade dos tipos incriminadores, parece-nos que a utilização, no tipo objetivo, dos elementos normativos deve ser subsidiária.

O legislador somente deve recorrer a eles nas hipóteses em que seja absolutamente impossível, para a redação da norma, a mera utilização de elementos descritivos.

Ainda sob esse prisma, mesmo nas hipóteses em que seja necessário se recorrer aos elementos normativos, não deve o legislador valer-se daqueles referentes à antecipação da ilicitude (tais como “indevidamente” ou “sem justa causa”).

É que, além de dispensáveis no âmbito da tipicidade, uma vez que seu contexto será valorado quando da verificação da ilicitude, sua utilização, na redação do tipo, diminui sensivelmente o seu grau taxativo.³⁶³

Da mesma forma, os elementos normativos de valoração ético-sociais (a expressão “ato obsceno”, por exemplo) que demandam estimativa eminentemente cultural,³⁶⁴ pelo seu alto grau de abstração, também não devem ser utilizados na redação dos tipos. Sua utilização resulta na construção de normas penais indeterminadas, violadoras do preceito oriundo do princípio da legalidade que exige uma lei certa.

Os elementos normativos vinculados à valoração jurídica (tais como “funcionário público”, “documento”, “instituição financeira”), uma vez que são elementos constitutivos do tipo penal objetivo, cuja valoração de conteúdo deve ser

³⁶² REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*, p. 50. .

³⁶³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 260.

³⁶⁴ Há, todavia, quem defenda um ponto positivo na utilização destes elementos normativos, destacando a sua utilidade na “atualização” da lei ao contexto social. (BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal*, p. 117)

definida, antecipadamente, pelo próprio legislador, podem desempenhar importante papel na redação de um tipo penal taxativo.³⁶⁵

A elaboração de um texto normativo que define em que consiste funcionário público, documento ou instituição financeira, para fins de aplicação das normas penais correspondentes, vai diminuir a incerteza constante do tipo em razão da adoção de um elemento normativo, já que seus critérios de compreensão estarão delimitados previamente.

Portanto, quando se revelar inevitável a utilização de elementos normativos para a redação do tipo objetivo, acreditamos que deve ser priorizada a utilização daqueles vinculados à valoração jurídica.³⁶⁶

Sem prejuízo da necessidade de redação dos tipos de forma taxativa, mas como complemento dessa garantia, importante ressaltar o papel primordial desempenhado pela restrição quanto à interpretação desses dispositivos.³⁶⁷

Esse limite estabelece a necessidade de o aplicador da lei seguir a máxima de taxatividade interpretativa,³⁶⁸ segundo a qual nos

tipos penais deficientes em suas 'certezas taxativas' a interpretação deve 'entender os elementos legitimadores da intervenção penal (respeito aos direitos humanos, a ofensa ao bem jurídico como limite da intervenção penal, etc.) e verificá-los nas construções típicas que contenham elementos normativos'.³⁶⁹

³⁶⁵ Sobre a necessidade de conferir determinação aos elementos normativos, cf. LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, p. 139.

³⁶⁶ Sobre o menor grau de insegurança dos elementos normativos jurídicos em comparação aos extrajurídicos. (PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim. *Crimes de trânsito na lei 9503/97*, p. 41)

³⁶⁷ Zaffaroni, destacando a importância da noção de taxatividade e alertando dos riscos que a garantia corre diante da descodificação da legislação penal, sustenta que diante da violação da taxatividade da lei duas podem ser as conseqüências: reconhecimento da inconstitucionalidade ou aplicação da máxima taxatividade interpretativa. Segundo o autor, prioritariamente deve-se optar pela inconstitucionalidade, mas diante da possibilidade de um resultado irracional desta primeira opção, admite a interpretação conforme a constituição (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p. 116-117). Sobre a possibilidade de inconstitucionalidade das leis indeterminadas, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 93.

³⁶⁸ Todavia, não pode a interpretação, mesmo que taxativa, extrapolar os limites de aplicar o que já está contido na norma. Não se pode, mediante o expediente da interpretação, criar disposições novas, sendo certo que, caso a norma seja de tal modo incompleta que demande atividade inovadora do intérprete, a solução será o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

³⁶⁹ LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*, p. 153.

A questão é verdadeiramente tormentosa, pois, se por um lado, é inequívoca a necessidade de uma legislação taxativa para a concretização de um ambiente de segurança jurídica, imposto pelo modelo de Estado adotado, por outro, a realidade empírica (da linguagem, inclusive) demonstra ser impossível uma taxatividade absoluta.

O objetivo com nossa reflexão não é negar a existência da “zona de penumbra” inevitável, mas, ao contrário, ao reconhecê-la, buscar, dentro dos limites da linguagem, reduzi-la a patamares condizentes com o valor da segurança jurídica inerente ao direito penal no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, as propostas de: (i) utilizar subsidiariamente elementos normativos; (ii) limitar sua utilização às hipóteses em que seus conceitos tenham um grau razoável de certeza, priorizando aqueles de valoração jurídica; (iii) impor limites quanto às técnicas interpretativas, principalmente nos tipos em que utilizados elementos normativos; e (iv) prescindir da intervenção penal (*ultima ratio*), quando um mínimo de taxatividade não for possível, haja vista que a “zona de penumbra” inevitável, impede a compreensão do conteúdo da lei.

Consigne-se, ainda, que a implementação dessas sugestões somente terá efeito se exercitadas, na prática, as premissas ideológicas do nosso modelo constitucional, que impõe um direito penal mínimo, garantista e de *ultima ratio*.

3 O DIREITO PENAL ECONÔMICO

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO DO ESTADO COM A ECONOMIA: DO MODELO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O objetivo com este capítulo é apontar um conceito de direito penal econômico cujas premissas sejam compatíveis com a política criminal e a econômica adotadas pela Constituição brasileira.

Nesse mesmo contexto nos posicionamos sobre a possibilidade de autonomia do direito penal econômico em relação ao direito penal comum.

As primeiras referências à intervenção penal nas atividades econômicas remontam à Antiguidade.³⁷⁰ Desde as legislações de civilizações tais como a da Grécia Antiga e a do Império Romano, castigavam-se condutas violadoras da economia do povo, tais como alta de preços, especulações agrícolas e violações à proibição de exportação e importação de determinados produtos.³⁷¹

Também na Idade Média foi utilizado um conceito global de falsidade na proteção de certas instituições que, atualmente, estariam incluídas no contexto econômico.³⁷² Em Portugal e vigorando no Brasil, a regulação penal da matéria já constava das Ordenações Filipinas, que criminalizava a prática da usura (Livro 4.^o, Título 67).³⁷³

A noção da intervenção penal no âmbito econômico, em sua concepção moderna, desenvolveu-se a partir da evolução do direito econômico.

Diante do declínio do modelo feudal de produção e com o estabelecimento dos Estados Nacionais, predominou, na relação do Estado com a

³⁷⁰ Nesse sentido, cf. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 78.

³⁷¹ Sobre o tema, cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo. A tutela penal da ordem econômica. *Sino de Samuel*, p.10, e JALIL, Maurício Schaum. *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*, p. 27.

³⁷² TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 78.

³⁷³ BRODT, Luís Augusto Sanzo. A tutela penal da ordem econômica. *Sino de Samuel*, p. 10.

economia, o modelo clássico do liberalismo, que teve origem na segunda metade do século XVIII, cujo maior expoente foi Adam Smith.³⁷⁴

Nesse modelo, fortemente influenciado pelos ideais libertários do iluminismo, defende-se que a economia jamais pode sofrer a interferência do Estado, já que qualquer intervenção nesse sentido leva a uma situação de desconcerto. Nesse contexto, o mercado tem uma capacidade natural e absoluta de autorregulamentação.

Com as novas relações econômicas advindas do processo de revolução industrial, ocorrido em meados do século XIX, o modelo do liberalismo clássico tornou-se insuficiente para regular aquela nova realidade.³⁷⁵

A concentração de riquezas proporcionada pelo modelo clássico ensejou violenta dominação dos detentores do capital (meios de produção) sobre os trabalhadores. Esse fenômeno implicou o fracasso do sistema quanto à satisfação das necessidades sociais e, portanto, na superação do modelo liberal que “ignorava e recusava a idéia de poder econômico”.³⁷⁶

Foi somente no início do século XX, principalmente após a Primeira Guerra Mundial, que se passou a discutir com mais profundidade as formas de intervenção do Estado na economia, de modo a proporcionar o bem-estar comum.³⁷⁷

³⁷⁴ Para Adam Smith, a economia deve seguir uma ordem natural, segundo a qual é dispensável qualquer atuação do Estado como ente regulador. Para o autor “cada indivíduo esforça-se continuamente por encontrar o emprego mais vantajoso para qualquer que seja o capital que detém. Na verdade, aquilo que tem em vista é o seu próprio benefício e não o da sociedade. Mas o juízo da sua própria vantagem leva-o, naturalmente, ou melhor, necessariamente, a preferir o emprego mais vantajoso para a sociedade [...]. Está a ser guiado por uma mão invisível a atingir um fim que não fazia parte de suas intenções”. (SMITH, Adam. Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações, v. 2, p. 653-655 *apud* FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*, p. 23-24)

³⁷⁵ Sobre o tema, João Bosco Leopoldino da Fonseca expõe: “O meado do século XIX viu transformar-se o capitalismo atomista num capitalismo de grupo. A chamada concentração capitalista acarretou profundas influências no Direito, fazendo surgir um novo ramo, direcionado justamente a reger o novo fato econômico. Não se tratava mais de indivíduos a serem protegidos contra o monarca absoluto e que se relacionavam atomisticamente entre si. As empresas, no intuito de se liberarem das incertezas do mercado, procuraram maximizar seus ganhos, formando grupamentos destinados a fortalecer-se. Nessa luta, os mais hábeis e mais organizados levam vantagem sobre os mais fracos e desestruturados. Surge o poder econômico privado a rivalisar com o poder estatal”. (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*, p. 7)

³⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 20.

³⁷⁷ Nesse sentido, cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*, p. 10, e TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 38. Nesse período, no âmbito penal, houve o aumento da intervenção estatal mediante a criação de delitos contra a usura e a elevação artificial de preços. (Cf. JALIL, Maurício Schaum. *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*, p. 27)

É nesse contexto, que implicou a necessidade da regulamentação jurídica das atividades econômicas, que surgiu o direito econômico como novo ramo das ciências jurídicas, “constituído por um corpo orgânico de normas condutoras da inter-ação do Poder Econômico Público e do Poder Econômico Privado e destinado a reger a Política Econômica”.³⁷⁸

Chegou-se até mesmo, como contraponto ao modelo clássico liberal, à criação de uma teoria extremamente estatizante – o socialismo de Karl Marx e Friedrich Engels –, que defendia a eliminação da propriedade privada dos meios de produção.

Para o socialismo, o Estado não deve somente intervir na economia, mas deve ter sobre ela autoridade, ou seja, deter o comando de toda atividade econômica.

Esse modelo também fracassou. Revelou-se ineficiente, seja do ponto de vista econômico, seja do ponto de vista do respeito aos direitos e liberdades individuais inerentes a um Estado Democrático.³⁷⁹

Diante do fracasso dos dois modelos “puros”, as economias contemporâneas têm evoluído para a implementação de um sistema misto, minimizando os aspectos negativos e maximizando os pontos positivos das duas opções.

Nesse sentido, o capitalismo³⁸⁰ moderno “não é mais essencialmente liberal-individualista, tendo inclusive, pois, agregado notas próprias do socialismo, sem que para este pretenda caminhar”. Tudo com o objetivo de

alcançar aquela desejável combinação: partir da nota da dignidade do ser humano como fonte para qualquer construção econômica

³⁷⁸ FONSECA João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*, p. 19. O direito econômico pode ser tanto método quanto ramo do direito, e sob esse aspecto está previsto expressamente no texto constitucional, no seu art. 24, inciso I. Na primeira hipótese consiste em um “modelo de interpretação essencialmente teleológica, funcional, que instrumentará toda a interpretação jurídica” e na segunda, se caracteriza pela “destinação à instrumentalização mediante ordenação jurídica, da política econômica do Estado”. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p 153)

³⁷⁹ Norberto Bobbio afirma que, “nos Estados socialistas, a concentração do poder tornada necessária para uma direção unificada da economia torna extremamente difícil a introdução do método democrático”. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, p. 1.201 *apud* TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 41)

³⁸⁰ Não obstante a evolução no sentido da adoção de um sistema misto, ainda se utiliza a rubrica do capitalismo para descrever o modelo de produção econômica adotado pela maioria dos Estados, com exceções pontuais, tais como China, Cuba e Coreia do Norte.

viável, com o que há de ressaltar o social, sem se perder de vista o individual.³⁸¹

Destarte, o ponto fulcral da relação entre Estado e economia é a definição da forma e da magnitude da intervenção estatal no campo econômico, cuja noção pressupõe caráter desubsidiariedade.³⁸²

Para refletir sobre o tema no âmbito do Estado Democrático de Direito, é imprescindível diferenciar, quanto ao papel da autoridade pública, o significado dos termos “atuação” (gênero) e “intervenção” (espécie).

Enquanto o vocábulo atuação se refere à atividade estatal no seu campo natural (serviços públicos),³⁸³ a palavra intervenção se refere ao Estado atuando “na esfera do privado (área de titularidade do setor privado). A intervenção, pois, na medida em que o vocábulo expressa, na sua conotação mais vigorosa, precisamente atuação em área de outrem”.³⁸⁴

Essa distinção é de grande importância, já que, se o nosso modelo de Estado impõe uma atitude proativa da autoridade pública no campo de sua atuação, também exige que o campo de sua intervenção seja o mais restrito possível.

É justamente nesse aspecto, de diferenciação entre a atuação (que deve ser incentivada) e intervenção (que deve ser mínima e excepcional), que o modelo de Estado Democrático de Direito pretende atingir o equilíbrio não alcançado pelo Estado Liberal ou pelo Estado Social.

Com esse objetivo, um conceito completo de direito econômico adaptado ao nosso modelo de Estado, se extrai da pena do professor Washington Peluso Albino de Souza, segundo o qual

o Direito Econômico é o ramo do Direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as – pelo

³⁸¹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 44-45.

³⁸² Nesse sentido, cf. SOUZA, Washington Albino de. *Direito econômico*, p. 407. Em sentido contrário, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 19. Para José Afonso da Silva a atuação do Estado na economia, apesar de não ser princípio da ordem econômica, não pode ser vista como mera exceção, já que “tanto a iniciativa privada como a estatal se destinam ao mesmo objetivo de realização daqueles fins, princípios e fundamentos”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 804)

³⁸³ A título de exemplo, a promoção de uma política de educação, saúde e segurança públicas eficientes.

³⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 91-92.

princípio da 'economicidade' – com a ideologia adotada na ordem jurídica.³⁸⁵

Para a efetividade do conceito aos fins propostos, a noção de política econômica não deve ser interpretada de forma abstrata. Deve demonstrar a capacidade de organização do Estado visando a um objetivo definido, requerendo, portanto: (i) uma comunidade; (ii) um fim por ela proposto como um bem a ser alcançado; e (iii) um conjunto de ações desenvolvidas para dar homogeneidade aos procedimentos adotados para alcançar aquele objetivo.³⁸⁶

A noção de economicidade, também, ao regular a atividade econômica de modo que o resultado final seja sempre mais vantajoso de que os custos sociais envolvidos, determina a aplicação da noção de necessidade/adequação do princípio da proporcionalidade. Consiste em um critério concreto que condiciona as escolhas do Estado.

Da mesma forma, o termo “ideologia” deve ser qualificado como conjunto de ideias centrais que vão dar o conteúdo à política econômica do Estado, sempre com o objetivo de realizar a finalidade proposta.³⁸⁷

No modelo de Estado Democrático de Direito, o ponto de amarração dessa noção de política econômica, economicidade e ideologia ou, em última análise, do próprio direito econômico como instituição jurídica é a ordem constitucional.³⁸⁸

O legislador somente poderá intervir legitimamente no âmbito econômico nas hipóteses em que esteja autorizado a fazê-lo pelo texto constitucional e, mesmo assim, sempre respeitando os objetivos traçados pela norma fundamental.

Sobre a necessidade de conformidade da intervenção legislativa com as prerrogativas da Constituição, assevera o professor José Joaquim Gomes Canotilho que “a lei, no Estado Democrático-Constitucional, não é um acto livre da constituição, mas uma actividade positiva e negativamente determinada pela lei fundamental”.³⁸⁹

³⁸⁵ SOUZA, Washington Albino de. *Direito econômico*, p. 3.

³⁸⁶ SOUZA, Washington Albino de. *Direito econômico*, p. 13-26.

³⁸⁷ SOUZA, Washington Albino de. *Direito econômico*, p. 32.

³⁸⁸ SOUZA, Washington Albino de. *Direito econômico*, p. 34. Na mesma linha, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 45.

³⁸⁹ Para o autor, a atividade do legislador está vinculada às determinantes autônomas e heterônomas. As primeiras são os elementos discricionários do legislador para valorar as situações empíricas e

As normas, tanto de direito penal quanto de direito econômico, estão vinculadas formal e materialmente à Constituição, encontrando nela sua legitimação e limites.

A política criminal do Estado (de um direito penal mínimo e garantista) está para o direito penal assim como a política econômica, definida na Constituição, está para o direito econômico.

Destarte, no âmbito do direito penal econômico, tais exigências constitucionais deverão ser cumulativamente observadas. Nesse sentido, para definir um conceito do instituto, mister refletir sobre a política econômica adotada em nossa ordem constitucional.³⁹⁰

3.2 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL: O SISTEMA E O MODELO ECONÔMICOS ADOTADOS E SEUS PRINCÍPIOS

Nosso legislador constituinte, desde de 1934, seguindo a tendência do direito constitucional moderno, ampliou suas dimensões tradicionais e incluiu, expressamente, no âmbito do texto normativo fundamental, normas referentes à ordem econômica e financeira.³⁹¹

decidir sobre a necessidade de regulação normativa. Já as outras impõem limites a essa discricionariedade: são representadas pelos princípios jurídicos constitucionais. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 246-287, 479)

³⁹⁰ Nesse sentido, o professor Manoel Pedro Pimentel defende o direito penal econômico como um ramo qualificado do direito econômico, asseverando: “Se pretendemos falar sobre o Direito penal econômico, certamente devemos, em primeiro lugar, abordar a questão relativa à existência de um Direito econômico, do qual a parte penal seria um ramo qualificado”. (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*, p. 7). No mesmo sentido, TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 77.

³⁹¹ No texto da Constituição Federal de 1988, a matéria está prevista, especificamente, em seu “Título VII – A Ordem Econômica e Financeira”, que se subdivide em quatro capítulos: (i) “Princípios Gerais da Atividade Econômica”; (ii) “Política Urbana”; (iii) “Política Agrícola e Fundiária da Reforma Agrária”; e (iv) “Sistema Financeiro Nacional”. Todavia, a Constituição também trata da ordem econômica em diversos outros dispositivos.

O Brasil endossou, portanto, a tese de uma Constituição Política e Econômica³⁹² que consiste no

conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica.³⁹³

Nesse diapasão, nosso texto constitucional, mais especificamente seu art. 170, estabelece como fundamentos da ordem econômica, a “valorização do trabalho humano” e a “livre iniciativa”.³⁹⁴

A valorização do trabalho humano consiste em conferir ao trabalho e a seus agentes (trabalhadores) tratamento peculiar, com o objetivo de promover a conciliação entre o latente conflito daqueles que detêm o capital (ou meios de produção) e aqueles que são remunerados pela sua força transformadora (intelectual ou física).³⁹⁵

Conforme assevera o professor José Afonso da Silva, a noção de valorização do trabalho humano “tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho”.

³⁹² No âmbito deste estudo, não vamos refletir sobre as diversas concepções do conceito de Constituição econômica, já que sequer a doutrina especializada firmou posição pacífica sobre o tema. Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 790. Criticando algumas teorias econômicas da Constituição, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 50-59.

³⁹³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 77.

³⁹⁴ Esses elementos são, ainda, segundo o art. 1º, inciso IV, da Constituição, fundamentos da própria República Federativa do Brasil. A doutrina diverge sobre a nomenclatura dos quatro enunciados constantes do artigo 170 (valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna e ditames da justiça social), há quem sustente sua característica de princípio, há quem os subdivida em fundamentos (dois primeiros) e como objetivos (os dois últimos). (TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 127-128). Neste estudo, apesar de utilizarmos a segunda nomenclatura, não excluimos o caráter normativo principiológico de todos eles.

³⁹⁵ Essa proteção é instrumentalizada mediante o exercício de uma função de preservação das relações de trabalho, pelo Estado, de modo que elas se deem de forma justa e equilibrada, sem abuso de quaisquer das partes. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 199)

Já a livre iniciativa, segundo o mesmo autor, “consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista”.³⁹⁶

O contexto da livre iniciativa reconhecida constitucionalmente abrange, portanto, todas as formas de organizações econômicas individuais ou coletivas, valorizando a própria noção de propriedade privada, liberdade contratual e comercial e de indústria.³⁹⁷

A liberdade de iniciativa como valor constitucional é reforçada, ainda, pelo dispositivo do parágrafo único do art. 170 da Constituição.

O texto constitucional reafirma a faculdade dos indivíduos de criar e explorar qualquer atividade econômica independentemente de autorização do poder público, a não ser que haja lei dispendo de forma diversa.

Esse dispositivo, portanto, vincula a intervenção do Estado, limitadora da atividade econômica privada, ao princípio da legalidade.

³⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 788. O autor faz essa afirmação, mas ressalva a primazia da valorização do trabalho humano, lembrando que a economia de mercado deve ser exercida no interesse da justiça social. Favoráveis à tese de que a Constituição adotou o modelo capitalista, VIDIGAL, Geraldo. A ordem econômica. In: _____. *A Constituição brasileira de 1988: interpretações*, p. 373 *et seq.*; REALE, Miguel. Inconstitucionalidade de congelamentos. *Folha de S. Paulo*, p. A3; REALE, Miguel. Constituição e economia. *O Estado de S. Paulo*, p. 3, 24 jan. 89; REALE, Miguel. O Estado no Brasil. *Folha de S. Paulo*, p. A.3, 19 set. 1989; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *O direito privado na ordem constitucional*. Conferência na Associação dos Advogados de São Paulo, 15 maio 1989; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. *O Estado de S. Paulo*, p. 50, 4 jun. 1989. Em sentido contrário, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado onipresente. *Folha de S. Paulo*, p. A-3, 10 dez. 1987 (*apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 179-192). Raul Machado Horta ressalta a utilização de princípios e soluções contraditórias no corpo da Constituição, ora no sentido do capitalismo liberal, ora do intervencionismo (HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, p. 230). Eros Roberto Grau expõe a opção por um sistema capitalista, porém orientado por um modelo aberto, que pode ser descrito como um modelo de bem-estar, que deve ser interpretado de forma dinâmica adequando-se às mudanças da realidade social. (Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p.179-188, 348)

³⁹⁷ Nesse contexto, a livre iniciativa “significa que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, p. 3 *apud* TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 239). A liberdade de iniciativa abrange, sinteticamente, as seguintes características: (i) reconhecimento da propriedade privada dos bens de produção e consumo; (ii) reconhecimento de que a atividade privada (ou empresarial) será exercida com a finalidade de lucro; (iii) reconhecimento da concorrência como melhor estrutura de mercado para eficácia do modelo econômico; e (iv) crença de que a intervenção estatal no âmbito econômico deve ser excepcional e pontual. (TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 241)

Sobre o tema, pondera o professor André Ramos Tavares:

O postulado da livre-iniciativa, portanto, tem uma conotação normativa positivada, significando a liberdade garantida a qualquer cidadão, e uma outra conotação que assume viés negativo, impondo a não-intervenção estatal, que só pode se configurar mediante atividade legislativa que, acrescentando-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conteúdo mínimo da livre-iniciativa [...] Toda a legislação infraconstitucional, portanto, no sistema brasileiro vigente, deve observância ao livre exercício da atividade econômica, sem o que não se respeitará a liberdade de iniciativa econômica.³⁹⁸

O texto constitucional traz, ainda, como objetivos da ordem econômica, “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”.³⁹⁹

O conteúdo desses preceitos, normas programáticas, consiste em fornecer aos indivíduos igualdade de condições para o aproveitamento das oportunidades oferecidas pelo sistema econômico adotado.⁴⁰⁰

Somente poderá ter uma vida digna no capitalismo de economia de mercado aquele cidadão ao qual foi dada a possibilidade de preparação para desenvolver suas habilidades e talentos individuais.

Nesse diapasão, o papel primordial do Estado, para proporcionar aos seus cidadãos uma vida digna, consiste na efetiva implementação de políticas públicas de promoção da formação humana, destarte, no âmbito da sua atuação, e não intervenção.

Quanto à exigência de que a existência digna deve ser pautada pelos ditames de uma justiça social, há um consenso mínimo sobre o seu significado de reconhecer a necessidade da melhor repartição das riquezas, com a conseqüente diminuição das desigualdades sociais.⁴⁰¹

³⁹⁸ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 240-241. No mesmo diapasão, valorizando os fundamentos da livre iniciativa, cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*, p. 51.

³⁹⁹ A dignidade de pessoa humana, além de, como direito individual, juntamente com o direito à vida e à liberdade, integrar o núcleo central dos direitos humanos, também é expressa como fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição.

⁴⁰⁰ Eros Roberto Grau sustenta que uma ordem econômica capaz de promover a dignidade humana deve viabilizar “o acesso de todos não apenas às chamadas liberdades formais, mas, sobretudo, às liberdades reais”. (GRAU, Eros Roberto *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 197-198)

⁴⁰¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 224-225, e TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p.130-131.

Também esse aspecto será empiricamente verificado no âmbito da atuação, e não da intervenção estatal. Somente a prestação de serviços públicos de qualidade pode, efetivamente, ajudar a atingir, de forma sustentável, a melhor distribuição de renda.

Dentre os princípios gerais da atividade econômica constitucionalmente previstos, destacam-se: (i) a soberania nacional, que deve ser tanto política quanto econômica e que visa levar o Estado a uma posição de independência quanto aos demais, é um princípio fundamental do direito internacional; (ii) a defesa da propriedade privada, que é o fundamento para o princípio da liberdade de iniciativa; (iii) a função social da propriedade, que consiste no limite à utilização da propriedade privada e traça parâmetros para adequada política urbana e justa política agrária; (iv) a livre concorrência, que é pressuposto básico para o funcionamento do modelo econômico adotado;⁴⁰² (v) a defesa do consumidor, que reconhece a importância de proteção ao consumidor como um dos elos essenciais à cadeia própria da economia de mercado; (vi) a defesa do meio ambiente, que limita o uso da propriedade considerando os interesses difusos e coletivos referentes à preservação de um planeta equilibrado; (vii) a redução de desigualdades regionais e sociais, norma objetivo que visa erradicar a pobreza, mediante melhor distribuição de renda entre as diversas classes e regiões, promovendo o bem-estar comum em um contexto de desenvolvimento no âmbito nacional; (viii) a busca do pleno emprego, também norma programática, que visa ao desenvolvimento econômico com a criação e a extensão de oportunidades de trabalho, melhorando, assim, a atividade produtiva e gerando riquezas; e (ix) o tratamento diferenciado a empresas nacionais de pequeno porte, cujo objetivo é fomentar a indústria nacional, bem como desburocratizar e democratizar o exercício da atividade econômica.⁴⁰³

A exposição sintética dos princípios orientadores da ordem econômica confirma que a Constituição valoriza, como regra, a autonomia da iniciativa privada para exploração das atividades econômicas.

⁴⁰² Ao reconhecer a livre concorrência como princípio constitucional impositivo (art. 170, inciso IV), nosso texto constitucional confirma a opção por uma economia de mercado, bem como sinaliza qual deve ser o objeto pontual da intervenção estatal no campo econômico. A livre concorrência consiste em princípio de relevância para todo o sistema e modelo econômicos adotados, já que não se pode falar em capitalismo ou em economia de mercado eficientes, sem a garantia de uma competição sadia entre os diversos agentes econômicos.

⁴⁰³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 791-799.

Ocorre que, segundo esses mesmos princípios, há o reconhecimento de que, para que esse modelo funcione e atinja seus objetivos, em algumas hipóteses, deve o Estado intervir.⁴⁰⁴

Em razão disso, o texto constitucional, mais especificamente nos seus arts. 173 e 174, excluindo as doutrinas liberais absolutas, permitiu a intervenção do Estado na economia tanto de forma direta quanto indireta.⁴⁰⁵

A intervenção direta se dá com a exploração da atividade econômica pelo Estado, que se torna um dos agentes de mercado a concorrer com os demais, ressalvada as hipóteses de monopólio da União previstas no art. 177.

A intervenção direta será permitida somente quando necessária ao interesse da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, conforme estabelecido em lei.⁴⁰⁶

Na intervenção indireta, o Estado atua como entidade normativa e reguladora da atividade econômica, para reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.⁴⁰⁷

A intervenção indireta, uma vez que visa concretizar os ideais da ordem econômica, está vinculada materialmente à política econômica adotada pelo contexto constitucional.

Essa intervenção, em última análise, terá a finalidade de manter um ambiente suficientemente estruturado para que o modelo capitalista de economia de

⁴⁰⁴ Sobre o contexto econômico que autoriza a intervenção do Estado, cf. MANKIWI, Gregory. *Introdução à economia*, p. 154.

⁴⁰⁵ Na intervenção direta, está o Estado a funcionar como Estado-sujeito-de-direito. Ocorre, em geral, por meio de instituições jurídicas de natureza privada (empresa pública e sociedade de economia mista). Já nas hipóteses de intervenção indireta, atua o Estado como Estado-ordem-jurídica, tendo em vista que vai editar preceitos normativos reguladores da atividade econômica, que vinculará todos os agentes econômicos, inclusive o Estado-sujeito-de-direito nas áreas em que ele atuar.

⁴⁰⁶ São conceitos amplos e indeterminados, desprovidos de taxatividade normativa, permitindo discricionariedade do poder público em sua interpretação. Têm um sentido mínimo de que deve o Estado limitar sua intervenção direta àquelas atividades reconhecidamente inconvenientes de exploração pela iniciativa privada, sob pena de risco à própria razão de ser do Estado (segurança nacional) ou à interesses estratégicos, que se sobrepõem aos individuais “em nome da própria sobrevivência da liberdade individual e da sociedade” (TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 284). O interesse público, portanto, não existe por si só, de forma autônoma e abstrata, mas apenas como o conjunto dos interesses individuais, indispensável à manutenção destes.

⁴⁰⁷ Nessa linha o Estado pode exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (este vincula apenas o poder público, sendo meramente indicativo para a iniciativa privada), sempre com o objetivo de concretizar os princípios constitucionais da ordem econômica.

mercado funcione, de modo a promover concretamente um ambiente econômico livre e justo, promotor dos valores da dignidade humana.⁴⁰⁸

Em síntese, a política econômica da nossa Constituição foi a de limitar a intervenção do Estado às hipóteses em que necessária ao funcionamento do modelo econômico adotado, que prioriza a liberdade de iniciativa sobre o dirigismo estatal.⁴⁰⁹

Essa conclusão será de suma importância, pois, ao se reconhecer o caráter de subsidiariedade da intervenção cível no âmbito econômico, com muito mais razão essa intervenção deverá ser subsidiária quando se pretender recorrer ao direito penal.

3.3 DIREITO PENAL ECONÔMICO: CONCEITO

O estabelecimento de um conceito de direito penal econômico é tarefa árdua, até porque o tema pode ser tratado sob diversos prismas.

Para efeito deste estudo, refletimos mais de perto sobre aquelas que tratam do conceito mediante a delimitação do seu objeto jurídico, cujos termos legitimarão materialmente a intervenção penal no âmbito das atividades econômicas.⁴¹⁰ Todavia, também serão consideradas as perspectivas criminológicas, dos modernos instrumentos econômicos e criminalística/processual.

⁴⁰⁸ Nesse sentido, André Ramos Tavares sustenta a existência de um falso paradoxo, pois, “promove-se a intervenção estatal (contrária à ampla liberdade) justamente e na exata medida do necessário para manter-se a liberdade econômica”. (TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*, p. 264)

⁴⁰⁹ Nesse sentido, assevera Luiz Régis Prado que “ressalvadas as hipóteses previstas constitucionalmente, o Estado não deve intervir na atividade econômica, ou seja, apesar de legitimado para tal, está também limitado nos termos da própria Constituição”. (PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*, p. 31)

⁴¹⁰ Sobre a vinculação entre conceito e bem jurídico no direito penal econômico, cf. CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea* p. 5.

3.3.1 Conceito restrito

Para a corrente restrita, o conceito de ordem econômica como bem jurídico-penal consiste na função interventora do Estado na economia.⁴¹¹

Essa concepção teve origem com Eberhard Schmidt para quem *una infracción será delito económico cuando vulnera el interés del Estado en la permanencia y conservación del orden económico*.⁴¹²

Para essa teoria, o objeto jurídico dos delitos econômico tem caráter supraindividual, consistindo na ordem econômica adotada.⁴¹³

Nessa linha Aftalion, partindo das premissas de que a planificação econômica seria o objeto jurídico do direito penal econômico e que esse tipo de intervenção seria exclusividade dos regimes socialistas, chegou a defender que o instituto somente substiria em economias assim orientadas.⁴¹⁴

Sob outra perspectiva, mas ainda na corrente restrita, alguns autores apontaram a liberdade econômica ou a própria iniciativa privada como objeto jurídico, circunscrevendo a noção de direito penal econômico à regulamentação das regras de mercado.⁴¹⁵

No que tange à doutrina nacional, o professor Manoel Pedro Pimentel define o direito penal econômico como o “conjunto de normas que tem por objeto

⁴¹¹ São adeptos da corrente restrita: BURELLI, Paolo. *Diritto penale dell'economia*, p. 12; SUAREZ GONZALEZ, Carlos. Sobre la tipificación del delito contabel en el derecho español. In: MAZUELOS COELHO, Julio (Comp.). *Derecho penal económico y de la empresa: concepto sistema y política criminal*, p. 10; RODRIGUEZ MOURULLO. El bien jurídico protegido en los delitos societários con especial referencia a la administración desleal. In: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.). *La administración desleal*, p. 17-18; e OTTO, Harro. Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand. In: STRAFRECH-TSDOGMATIK und Kriminalpolitik, p. 72 *apud* CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Derecho penal económico: análise contemporânea* p.13. Fabian Balcarce resalta que na década de quarenta do século XX, na França, o direito penal econômico chegou a se limitar às infrações referentes à violação sobre as disposições de controle dos preços. Esse seria um conceito restritíssimo do direito penal econômico. (Cf. BALCARCE, Fabian I. *Derecho penal económico*, p. 27)

⁴¹² CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Derecho penal económico: análise contemporânea*, p. 12.

⁴¹³ Sobre o objeto jurídico na concepção restrita, Fabián Balcarce adverte tratar-se de *bien jurídico genérico consistente en el orden económico estatal en su organicidad, en pocas palabras, la economía nacional*. (BALCARCE, Fabian I. *Derecho penal económico*, p. 27)

⁴¹⁴ CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Derecho penal económico: análise contemporânea*, p. 18.

⁴¹⁵ CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Derecho penal económico: análise contemporânea*, p. 18)

sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes”.⁴¹⁶

Para o autor, seu objeto jurídico são os “bens e interesses relacionados com a política econômica do Estado”. Ele sintetiza seu pensamento dizendo que “o Direito penal econômico, portanto, é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização”.⁴¹⁷

Para os adeptos dessa corrente o delito econômico é *la infracción que lesionaba o ponía en peligro esa actividad directora, interventora y reguladora del Estado en la economía*.⁴¹⁸

Contemporaneamente, a corrente restrita acabou perdendo terreno para a concepção ampla, uma vez que no âmbito econômico houve a preponderância do modelo de economia de mercado sobre o dirigismo estatal.⁴¹⁹

Além disso, é fato que no contexto de um Estado Democrático de Direito a mera referência normativa (intervenção do Estado na economia) não pode constituir um bem jurídico-penal.

A noção de bem jurídico-penal deve encontrar fundamento no contexto social, ou seja, ser um valor pré-jurídico, anterior à norma, até para que possa desempenhar o papel de sua legitimação material.

⁴¹⁶ Para o professor Manoel Pedro Pimentel, sua finalidade é proteger os bens e valores humanos relacionados com a economia. (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*, p. 10)

⁴¹⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*, p. 19-21.

⁴¹⁸ Posição de WERGET, Samuel. El concepto de delito económico para las ciencias penales. Cuadernos de Ciencias Penales de Guatemala, p. 34 *apud* CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*, p. 12. Sob a mesma perspectiva, Manoel Pedro Pimentel conceitua os delitos econômicos como “condutas típicas sancionadas penalmente pelas leis editadas com o fim de prover a segurança e a regularidade da política econômica do Estado”. (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*, p. 25)

⁴¹⁹ CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*, p. 23

3.3.2 Conceito amplo

A corrente ampla entende que o significado de ordem econômica como bem jurídico-penal consiste em toda regulação normativa da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.⁴²⁰

Essa teoria valoriza a proteção dos interesses patrimoniais individuais e os interesses coletivos econômicos do mercado.

Nesse sentido, Miguel Bajo Fernandez define o direito penal econômico

*como conjunto de infracciones que afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesionaban o ponían en peligro en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.*⁴²¹

Klaus Tiedemann, também adepto da corrente ampla, sustenta que o direito penal econômico tem um objeto jurídico duplo, primeiramente afetando um interesse individual patrimonial e, via de consequência, colocando em perigo o bem jurídico supraindividual.⁴²²

⁴²⁰ Um dos expoentes da corrente ampla é Lindeman, para quem o direito penal econômico é *el elenco de conductas punibles que se dirigen contra el conjunto total de la Economía o contra ramas o instituciones fundamentalmente importantes de ese conjunto*. Essa corrente orientou o Congresso de Roma, em 1953, tendo sido, inclusive, parcialmente adotada pelo sistema do Código italiano de 1930 [apud CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al. et al.* (Coord.). *Derecho penal económico: análisis contemporánea*, p. 17-18]

⁴²¹ BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, p. 32 apud CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Derecho penal económico: análisis contemporánea*, p. 15. Carlos Perez del Valle também adere à concepção ampla, criticando a posição restrita de que a raiz do direito penal econômico estaria na crise do modelo liberal de mercado. O autor reconhece a dificuldade de um conceito dogmático definitivo, mas sustenta sua aproximação considerando os *delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de esse orden económico. Por tanto, el Derecho penal económico en sentido estricto está dedicado al estudio de estos delitos y de las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores.* (PEREZ DEL VALLE, Carlos. *Introducción al derecho penal económico*. In: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*, p. 33-35)

⁴²² Na doutrina nacional, Rodolfo Tigre Maia sustenta um conceito provisório (elaborado para os fins do seu estudo) segundo o qual o direito penal econômico “tem por objeto específico a sistematização dogmática do conjunto axiológico compreendido pelos crimes econômicos, que são aqueles expressos em normas jurídico-penais incriminadoras cuja objetividade jurídica é a proteção global da ordem econômica”. (MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*, p. 72)

Para o autor, o direito penal econômico visa principalmente à *protección de bienes jurídicos supraindividuales (sociales o colectivos, intereses de la comunidad*. Segundo ele, diante dessa perspectiva de bens supraindividuais se obtém *una conceptualización satisfactoria (de la mayoría) de los delitos económicos*.⁴²³

Tiedemann afasta a crítica daqueles que sustentam que os bens jurídicos supraindividuais seriam apenas construções estéreis e nebulosas, inventadas livremente, aduzindo que esses bens devem ter caráter institucional.⁴²⁴

Em síntese, para os adeptos da concepção ampla, o direito penal econômico

*se caracteriza por incluir infracciones que vulneran bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico que, si bien no afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la dimensión puramente individual, trátense de intereses generales o trátense de intereses de amplios sectores o grupos de personas (supraindividualidad propiamente dicha).*⁴²⁵

Para os adeptos dessa corrente, o delito econômico é o

*comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le há sido socialmente depositada y que afecta a un interés individual (bien jurídico patrimonial individual) y pone en peligro el equilibrio el orden económico (bien jurídico supraindividual).*⁴²⁶

A corrente ampla sofre a crítica de que seu conceito de ordem econômica é excessivamente amplo, desnaturando a própria noção de bem jurídico. Dessa

⁴²³ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 74.

⁴²⁴ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 73-75.

⁴²⁵ BALCARCE, Fabian I. *Derecho penal económico*, p. 29. O próprio conceito do autor, para quem direito penal econômico é *el conjunto de normas en las cuales la sanción tiende a proteger los fines y políticas económicas del Estado en la sociedad, o, desde otro punto de vista, a la genérica política de protección de las condiciones de la vida económica, prestando especial atención a ciertos derechos supraindividuales y derechos individuales que hacen a la producción, circulación y consumo de bienes tradicionales y de última generación para asegurar en definitiva el objetivo de justicia social propio de su conformación contemporánea*, enquadra-se na corrente ampla. (BALCARCE, Fabian I. *Derecho penal económico*, p. 25)

⁴²⁶ TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico: *nuevo pensamiento penal*, p. 465 *apud* CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico: concepto y bien jurídico*. *IBCCRIM*, n. 43, p. 104. Na doutrina nacional, o professor Maurício Schaun Jalil os define como “infração penal que viola o preceito proibitivo contido na norma criminal que dispõe sobre toda e qualquer área de interesse econômico, devidamente tutelado como bem jurídico-penal”. (JALIL, Mauricio Shacun. *Criminalidade econômica e as novas perspectivas da repressão penal*, p. 32)

forma, sem a definição de um objeto jurídico específico, a teoria se afasta do fundamento antropológico que deve orientar toda intervenção penal dentro do Estado Democrático de Direito.⁴²⁷

Raúl Cervini, pretendendo superar essas dificuldades, propõe um conceito integrado, segundo o qual o direito penal econômico, *mediando un proceso de legitimidad democrática y exacta determinación del bien jurídico*, consiste no conjunto de delitos compostos por comportamentos violadores dos *mecanismos ordinários de la economía, afectando a un interés patrimonial individual y/o poniendo en peligro el equilibrio económico de un colectivo determinado*.⁴²⁸

3.3.3 Conceito criminológico

Sob o viés criminológico, cuja análise centra-se mais sobre o autor do feito do que sobre o feito em si, foi importantíssima a contribuição de Edwin H. Sutherland.⁴²⁹

⁴²⁷ CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Dereito penal econômico: análise contemporânea*, p. 24-25. Carlos Perez del Valle tenta responder à crítica afirmando que a noção de um conceito concreto de bem jurídico não é essencial dentro de uma política criminal de combate à criminalidade econômica. Veja que, ao tentar afastar a crítica, o autor acaba por confessar que seu conceito não tem um caráter dogmático-penal orientado pela necessidade de legitimação material pré-normativa. (PEREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*, p. 33)

⁴²⁸ CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Dereito penal econômico: análise contemporânea*, p. 52-53.

⁴²⁹ O sociólogo faz uma análise subjetivo-sociológica não dos delitos econômicos em si, mas dos delinquentes econômicos. Ele explica a diferença entre o criminoso comum e o do colarinho-branco por três fatores: o status dos homens de negócios, a sua maior facilidade em não ser punido e a menor reprovação social quanto aos delinquentes econômicos. No primeiro, ressalta o status que os delinquentes econômicos normalmente ocupam na sociedade. Para Sutherland, isso causa o receio daqueles responsáveis pelo aparato judicial em puni-los, bem como uma identificação sociocultural entre os responsáveis pela aplicação da lei e os delinquentes econômicos. O segundo fator diz respeito à maior dificuldade em se punir estes delitos (ou maior facilidade de seus agentes restarem impunes). Para o sociólogo este fato se justifica pelo status dos criminosos e, ainda, pela maior dificuldade de aplicação dos diplomas legislativos referentes à matéria que, inclusive, em alguns casos não prescrevem medidas tipicamente penais para sancionar estes comportamentos. Por fim, os delitos econômicos, para ele, são menos reprovados socialmente. (SUTHERLAND, Edwin H. Is "white collar crime" crime? *American Sociological Review*, p. 137-138)

O autor, no final da década de 1930, criou a expressão “crimes do colarinho-branco”, definindo-os como violação da lei penal por uma pessoa de alto nível econômico no desenvolvimento de sua atividade profissional.⁴³⁰

Para Sutherland, o crime decorre de um processo de aprendizado, contato e assimilação de valores, posturas, entendimentos, ou seja, das consequências oriundas do círculo social de cada indivíduo. O autor classifica esse fenômeno como “associação diferencial”. Para o sociólogo americano, o mundo dos negócios cria condições favoráveis à prática de ilícitos. É um ambiente de alta concorrência, orientado por uma ambição excessiva.

As concepções criminológicas, atualmente, ganharam novo fôlego com as teorias do *corporate crime*. Seus adeptos partem da repercussão que os delitos econômicos geram e do abuso de confiança institucional que lhes é característico, para retornar à perspectiva de um direito penal econômico orientado pela “realización de la conducta en el ejercicio de una profesión”.⁴³¹

Essa nova concepção criminológica, ao contrário daquela de Sutherland, cujo perfil do autor dos delitos econômicos se resumia aos poderosos da sociedade, amplia a noção subjetiva dos delinquentes econômicos para aqueles que exercem ou participam de funções públicas, bem como para aqueles que cometem delitos em razão de atuação profissional especializada.⁴³²

Há, ainda, parte da doutrina que sustenta uma concepção do direito penal econômico vinculada ao direito penal de empresa. Nessa linha, o direito penal econômico seria composto pelas condutas praticadas utilizando as corporações como *medio a través del cual se comete un delito de características económicas*.⁴³³

⁴³⁰ SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. *American Sociological Review*, n. 5. 1940. Disponível em: <<http://www.sjsu.edu/faculty/hart/PDF%20upload/White-Collar%20Criminality.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2011.

⁴³¹ Posição adotada por HEINZ. System und Gliederung der Wirtschaftsstraftaten im deutschen Recht. In: ESER/KAISER (Edit.). *Strafvollstreckungsrecht*, p. 155 *apud* TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 72; e BOTTKE. Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto, p. 637 *apud* CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Derecho penal económico: análise contemporânea*, p. 23.

⁴³² Fabián Balcarce chega a dividir estas duas concepções criminológicas em restritas (Sutherland) e amplas (*occupational crime*). (Cf. BALCARCE, Fabian I. *Derecho penal económico*, p. 30)

⁴³³ Nesse sentido, cf. RODRIGUEZ ESTEVEZ, Juan María. *El derecho penal en la actividad económica*, p. 71 *apud* BALCARCE, Fabian I. *Derecho penal económico* Em sentido contrário, Juan Terradillos Basoco sustenta que o direito penal de empresa é apenas um ramo especializado do direito penal econômico. (Cf. TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*, p. 11 *apud* BALCARCE, Fabian I. *Derecho penal económico*, p. 31)

Essa concepção, a nosso sentir, não deixa de ter certo caráter criminológico, uma vez que a preocupação maior é com as circunstâncias do delito do que com o fato em si.

Considerando que o direito penal contemporâneo deve considerar o fato e não seu autor, faz-se necessário afastar as concepções criminológicas, refletindo sobre um conceito dogmaticamente orientado pela delimitação de um objeto jurídico comum.

3.3.4 Concepção dos modernos instrumentos econômicos e concepção processual-criminalística

Parte da doutrina, prescindindo da teoria geral do bem jurídico como limite material da intervenção penal, sustenta uma concepção de direito penal econômico orientada pelo objeto material do tipo penal.

Nesse sentido, Righi agrupa os delitos econômicos como aqueles que abusam dos modernos instrumentos da vida econômica.⁴³⁴

Para Tiedemann essa concepção desempenha uma complementação da noção dogmático-penal. Ele defende que alguns instrumentos necessários às relações econômicas são abusivamente utilizados para o cometimento dos delitos econômicos.⁴³⁵

Essa posição, ao confundir o objeto jurídico com o objeto material do tipo, pouco contribui para um conceito aproveitável de direito penal econômico.

⁴³⁴ BALCARCE, Fabian I. *Derecho penal económico*, p. 31.

⁴³⁵ Cita a contabilidade, a informática, os cartões de crédito e os títulos de crédito em geral. A título de exemplo, trata dos escândalos americanos na década de 2000, Eron, Tyco e Wordcom, que culminaram com a criação do Sarbanes-Oxley Act e com aplicação de penas draconianas chegando a 25 anos de reclusão. Também cita os exemplos na Europa Flow-Tex, Schieder e Parmalat. Sintetiza o professor alemão seu conceito de direito penal econômico no sentido de que, *en términos resumidos, el Derecho penal económico parte de aspectos supraindividuales de planificación económica y social de una forma parecida a lo que ocurre en el Derecho económico, vale decir, de Derecho económico administrativo. A ello se añade la protección de los instrumentos centrales del tráfico económico (balances, letras de cambio, etc.)*. (TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 75-77)

Ressalte-se, por fim, a concepção orientada sob o prisma processual-criminalístico, segundo a qual os crimes econômicos são meros *delitos patrimoniales puros con complejidades procesales* (probatórias).⁴³⁶

Para os adeptos dessa concepção, bastaria, no âmbito normativo material, o tipo de estelionato para regular as atividades econômicas.

A intervenção estatal, para combater os delitos econômicos, deveria concentrar-se em investimentos no aparato judicial, mediante preparação de pessoal e aparelhamento técnico da máquina judiciária, para efeito de uma investigação mais eficiente e instrução probatória.

Essa posição carece de fundamentação, pois o bem jurídico considerado, na maioria das vezes, é o patrimônio. É um conceito que se aproxima do direito penal comum.

Além disso, as meras dificuldades probatórias são insuficientes para abordar todas as peculiaridades do direito penal econômico.

3.3.5 Conceito adotado: a ordem econômica brasileira como objeto jurídico do direito penal econômico

Na nossa realidade normativa, um conceito de direito penal econômico adequado deve ser orientado tanto pela política econômica quanto pela política criminal adotadas pela Constituição.

Diante disso, constatamos que: (i) a ordem econômica constitucional é um bem jurídico digno da intervenção penal; todavia (ii) a intervenção penal na ordem econômica deve passar por uma dupla valoração de subsidiariedade.

A ordem econômica é um valor pré-jurídico, verificável no mundo dos fatos, expressamente reconhecido no texto constitucional. Além disso, o modelo econômico adotado tem como finalidade valorizar a dignidade humana, portanto, trata-se de um bem jurídico-penal coerente com a sua concepção antropocêntrica.

⁴³⁶ Sobre o tema, cf. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 70.

As condutas lesivas à ordem econômica constitucional, uma vez que podem implicar lesões reconduzíveis à esfera individual dos cidadãos, enquadram-se no conceito de bem jurídico-penal adotado.⁴³⁷

Da mesma forma, também não nos parece haver dúvidas de que a atividade normativa do Estado no âmbito econômico, já que adotado o modelo capitalista de economia de mercado, mesmo na esfera cível, deve ser excepcional.

A intervenção do Estado somente será autorizada quando necessária a promover os fins da política econômica constitucional.

Destarte, se o próprio texto constitucional reconhece que a intervenção cível (mediante o direito econômico) na ordem econômica deve ser pontual e excepcional, com muito mais razão deve ser a intervenção penal na economia, já que o próprio direito penal traz consigo, intrinsecamente, a noção de *ultima ratio*.

No âmbito do direito penal econômico, a noção de subsidiariedade da intervenção deve ser dupla, pois, além de ultrapassar o filtro para a própria intervenção estatal no âmbito econômico (primeiro passo), há de ser ultrapassado o limite de que essa intervenção se dê da forma mais grave possível, qual seja, mediante a possibilidade de cominação de uma pena restritiva ao direito de liberdade.

A ordem econômica como objeto jurídico legitimador do direito penal econômico, portanto, consiste na realidade pré-jurídica das condições econômicas que permitam a realização das suas finalidades constitucionalmente previstas (existência digna e justiça social), cuja lesão (ou ameaça concreta de lesão), embora se dê de forma autônoma e institucional (supraindividual), seja reconduzível à esfera pessoal do indivíduo, mesmo que coletivamente considerado.⁴³⁸

Trata-se, portanto, de bem jurídico supraindividual, tal como reconhecido pela teoria monista pessoal de Hassemer, adotada no Brasil por Juarez Travares e Luiz Régis Prado, cuja recondução ao âmbito do indivíduo é necessária para evitar a

⁴³⁷ Diminuindo o emprego e, portanto, a renda; dificultando mecanismos de financiamento e, portanto, a democratização de acesso à atividade econômica; diminuindo a arrecadação do Estado e, portanto, dificultando a prestação de serviços públicos e a efetiva distribuição equitativa de renda.

⁴³⁸ Tais realidades econômicas são, também, aquelas previstas no texto constitucional, tais como soberania nacional, propriedade privada e sua função social, livre concorrência, defesa do consumidor e meio ambiente, redução das desigualdades, pleno emprego, incentivo às empresas nacionais e de pequeno porte. Sobre a ordem econômica constitucionalmente orientada como bem jurídico-penal, cf. BRODT, Luís Augusto Sanzo. A tutela penal da ordem econômica. *O Sino de Samuel*, p. 10.

subsistência de intervenção penal sobre funções, falsos bens jurídicos ou, ainda, sobre bens jurídicos meramente normativos.⁴³⁹

Esse um conceito geral de ordem econômica, o que não impede que em suas subespécies haja maior concretude do bem jurídico a ser lesado. Por exemplo, no direito penal tributário, o interesse arrecadador do Estado para que possa, mediante a prestação de serviços públicos, promover a vida digna do cidadão; no direito penal do sistema financeiro, os mecanismos de financiamento, que, ao captar recursos da economia popular e repassá-los àqueles que têm necessidade de capital, promovem a democratização do acesso às atividades econômicas.

Quanto ao tema, o professor Luiz Régis Prado ressalta a natureza de bem jurídico categorial da ordem econômica, ou seja, sua condição de um objeto jurídico genérico composto por um conjunto de bens jurídicos específicos, afirmando: “Em cada tipo legal de injusto há um determinado bem-jurídico específico ou em sentido estrito (essencialmente de natureza supraindividual), diretamente protegido em cada figura delitiva”.⁴⁴⁰

Nesse diapasão, o direito penal econômico será a intervenção indireta do Estado na economia, mediante a edição de normas penais, cuja utilização somente será possível caso já se tenha demonstrado a ineficiência da intervenção cível e, mesmo assim, quando haja fundada expectativa de que a intervenção penal seja eficiente para concretizar as finalidades da ordem econômica constitucionalmente consagrada.

O principal traço distintivo do direito penal econômico em contraponto ao direito penal comum é sua legitimação em razão de interesses supraindividuais, os quais, entretanto, não podem prescindir de uma concepção antropológica.

⁴³⁹ O professor paraense esclarece que “não há num Estado democrático de Direito nenhuma preponderância do bem jurídico supraindividual sobre o individual. Muito ao contrário. O que está em debate aqui nada mais é que a tutela de bens jurídicos que se encontram além do indivíduo em si, que se fazem presentes em uma dimensão mais ampla, grupal ou comunitária, e não sobre o indivíduo, no sentido de lhe ser hierarquicamente superior”. Dissertando sobre o meio ambiente como bem jurídico categorial, cujas observações, a nosso sentir, são aplicáveis à ordem econômica, arremata que “todos os objetos de tutela penal devem ser concebidos e tratados em razão da pessoa humana, de forma direta ou indireta”. (PRADO, Luiz Régis. *Direito penal do ambiente*, p. 102,109)

⁴⁴⁰ PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*, p. 28.

Como ramo do direito, o direito penal econômico será aquele que se dedica ao estudo do conjunto dessas normas penais.⁴⁴¹

3.4 AUTONOMIA

Apesar do nosso esforço em constituir um conceito que se ajuste às funções de um direito penal econômico mínimo, com a atual tendência de expansão da intervenção penal na economia, o que tem se verificado é sua *dispersión conceptual y jurídica*.⁴⁴²

Diante dessa realidade, absolutamente divorciada do nosso modelo constitucional, parte importante da doutrina chega a cogitar de uma autonomia científico-dogmática do direito penal econômico em relação ao direito penal clássico.⁴⁴³

Essa noção remonta ao pensamento de James Goldschmidt, que, desde 1902, sustenta uma diferença ontológica entre o ilícito penal e o administrativo.⁴⁴⁴

⁴⁴¹ No plano legislativo, podemos destacar, no Brasil, as leis n. 6.385/76 (arts. 27-C a 27-F – crimes contra o mercado de capitais), 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro), 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), 8.137/90 (crimes contra ordem tributária, abuso de poder econômico e relações de consumo), 9.613/98 (lavagem de dinheiro), 9.605/98 (crimes contra o meio ambiente), 11.101/05 (crimes falimentares). Além dos arts. 168-A (apropriação indébita previdenciária), 337-A (sonegação de contribuição previdenciária) e 359-A a 359-H (crimes contra as finanças públicas) todos do Código Penal.

⁴⁴² Como exemplo disso Volk alerta que na Alemanha a expansão do direito penal econômico não tem atendido ao objetivo de esclarecer o seu conteúdo, mas, ao contrário, tem dispersado o seu conceito jurídico. Situação similar tem sido adotada na Itália e na França. [Cf. VOLK, Klaus. *Diritto penale ed economia. Rivista Diritto Penale Dell'Economia*, p. 479 et seq. apud CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: SANCHEZ VILARDI, Celso et al. (Coord.). *Derecho penal económico: análise contemporânea*, p. 25]

⁴⁴³ A autonomia pode ser dividida em científica, legislativa e acadêmica. A primeira diz respeito à existência de uma parte geral com princípios autônomos; a segunda se limita ao conjunto homogêneo de normas referentes a determinada matéria; e a terceira diz respeito ao estudo e reflexão teórica sobre determinado ramo do direito. (BALCARCE, Fabian I. *Derecho penal económico*, p. 78-80)

⁴⁴⁴ Anterior à teoria de James Goldschmidt e Gorg Anders, a doutrina da escola toscana já asseverava a diferenciação entre delitos *stricto sensu* e delitos de polícia ou transgressão [cf. GOLDSCHMIDT, James; ANDERS, Gorg. *Deslinde entre los delitos administrativos y los criminales y aplicación de las normas generales del derecho penal al delito administrativo*. Traducción de Margarita Goldschmidt y Luis F. Martínez Gavier. In: MARTÍNEZ PAZ, Enrique (Dir.). *El derecho penal administrativo: contribuciones para su estudio. Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, p. 35-76 apud FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La administrativización de la corección estatal desde una perspectiva de reducción del derecho penal*, p. 37]. Nesse sentido, Carrara, ao afirmar que, enquanto os delitos subvertem a noção de segurança, as transgressões constituem uma agressão às leis de prosperidade do Estado.

Segundo o autor, enquanto o ilícito penal viola a moral dominante, põe em perigo direitos subjetivos e outros bens culturais juridicamente protegidos, o ilícito administrativo não se projeta sobre a consciência jurídica e moral, representando uma mera ofensa aos interesses da administração pública.

Assim, a pena administrativa seria uma simples pena de ordem, sem qualquer grau de correção ou de segurança.⁴⁴⁵

Partindo dessa premissa, Goldschmidt cria a doutrina do direito penal administrativo, que consiste no

*conjunto de aquellas disposiciones mediante las cuales la administración estatal encargada de favorecer el bienestar público o estatal, vincula a la transgresión de una disposición administrativa como supuesto de hecho, una pena como consecuencia administrativa.*⁴⁴⁶

O autor defende a autonomia científica desse direito penal quanto ao direito penal comum, já que diante da distinção qualitativa entre ilícito administrativo e penal, não haveria diferença quanto à gravidade (intensidade de lesão) entre as infrações penais e administrativas.

Para ele o direito penal administrativo se afasta dogmaticamente do direito penal, aproximando-se do direito administrativo. Em síntese defende, nessa seara, a relativização de princípios penais tradicionais, como os da culpabilidade e da legalidade.⁴⁴⁷

Atualmente, Klaus Tiedemann, mesmo refutando a origem tradicional do direito penal administrativo de uma diferença qualitativa entre as duas formas de ilícito, sustenta a existência de um direito penal autônomo para a regulação das infrações de dever, notadamente nos crimes legitimados materialmente por bem jurídicos supraindividuais.⁴⁴⁸

(CARRARA, Francesco, Programa de derecho criminal: parte general, p. 23-24, §150, p. 118, n. 1 *apud* FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La administrativización de la corecion estatal desde una perspectiva de reducción del derecho penal*, p. 30-32. Em posição similar BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 42-44)

⁴⁴⁵ BALCARCE, Fabian I. *Derecho penal económico*, p. 23.

⁴⁴⁶ FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La administrativización de la coreción estatal desde una perspectiva de reducción del derecho penal*, p. 31.

⁴⁴⁷ FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La administrativización de la corecion estatal desde una perspectiva de reducción del derecho penal*, p. 37-40.

⁴⁴⁸ Tiedemann adere à tese de uma distinção quantitativa entre o ilícito penal e administrativo (TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, p. 40, 58). A questão é

O autor afirma que no contexto atual do Estado Social, os interesses da administração devem ser alçados à condição de bens jurídicos, já que são essenciais à noção de bem-estar e de justiça.⁴⁴⁹

Nesse sentido, defende a existência de uma parte geral específica para o direito penal econômico, já que nesse âmbito devem ser valorizadas funções preventivas e antecipatórias de tutela.⁴⁵⁰

Ressalva o professor alemão que não há problema dogmático quanto a essa solução, já que sua premissa é de que a parte geral do sistema penal não vincula sua parte especial.⁴⁵¹

Os adeptos da autonomia científica do direito penal econômico pretendem justificar sua posição em razão da ineficiência do direito penal comum, com seus princípios e garantias tradicionais, em se adequar à política criminal moderna.

Tal política criminal exigiria instrumentos eficientes de combate à nova criminalidade, inclusive a econômica, vistos sob uma perspectiva pragmática, mesmo que isso implique a relativização de garantias individuais.⁴⁵²

bastante polêmica na doutrina. Na mesma linha, SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino: parte general*, t. I, p. 298, e JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, t. III, p. 152 (apud FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La administrativización de la corección estatal desde una perspectiva de reducción del derecho penal*, p. 37); ANDREUCCI, Ricardo. Direito penal administrativo e ilícito fiscal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 417, p. 25 et seq., e HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. I, p. 58 (apud REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 116-129). Alguns autores defendem um critério misto, diferença tanto qualitativa quanto quantitativa, como o caso de Claus Roxin (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, t. I, p. 72-73). Miguel Reale Júnior posiciona-se no sentido de que se trata de mera escolha de política legislativa, buscando eficácia social [no mesmo sentido, NUVOLONE. *La legge di depenalizzazione*. Turim: Utet, 1984, p. 3; DELLIS, George. *Droit pénal et droit administratif: l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, p. 26 et seq., e PROPATO, Daniel. *Sanzioni amministrative e depenalizzazione di delitti e contravvenzione*, p. 10 (apud REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 116-129)]. Todavia, reconhece o professor que o caráter moral de reprovação social inerente à sanção penal é maior do que da administrativa. Também visando a um critério diferenciado, de eficácia real quanto às formas de sanção, FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La administrativización de la corección estatal desde una perspectiva de reducción del derecho penal*, p. 37, 52-53, 103.

⁴⁴⁹ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, p. 40, 58.

⁴⁵⁰ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 82-94. Também sustentando certa autonomia, cf. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 29-50.

⁴⁵¹ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 128. Em sentido similar, cf. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*, p. 34, 41.

⁴⁵² Dentre as principais características da política criminal moderna destacam-se: (i) valorização da celeridade na solução dos problemas mais difundidos pelos meios de comunicação, tidos pela opinião pública como mais ameaçadores; (ii) crescente emprego de crimes de perigo abstrato, que prescindem de resultado, nexos de causalidade e até mesmo de conduta; (iii) eliminação dos graus

Considerando nosso contexto constitucional, a forma de Estado por ele adotada, bem como a política econômica e criminal previstas, acreditamos que o direito penal econômico não tem qualquer autonomia científica quanto ao direito penal comum.

Para que determinado ramo do direito tenha autonomia dogmática, necessário verificar se atendidos três requisitos básicos, representados pelo tripé metodologia, objeto e princípios peculiares.

Portanto, para se considerar um direito penal econômico autônomo, seria preciso reconhecer-lhe “um conjunto sistematizado de princípios e de normas jurídicas que lhe seriam próprios” configurando “um todo logicamente articulado e sistematicamente organizado”.⁴⁵³

A adoção do modelo de Estado Democrático de Direito torna absolutamente irrenunciáveis os direitos e garantias fundamentais, já que o próprio objetivo do Estado é permitir aos cidadãos o exercício e o gozo desses direitos e garantias.

Destarte, para se cogitar do direito penal, com a imposição de penas limitativas do exercício da liberdade, não se pode, em hipótese alguma, abrir mão dos seus requisitos constitucionais, cuja finalidade é justamente diminuir racionalmente a utilização desse tipo de intervenção excepcional.⁴⁵⁴

A sustentar, de forma magnífica, a impossibilidade de autonomia dogmática do direito penal econômico, o professor Manoel Pedro Pimentel, ensina:

de imputação, tentativa-consumação, autoria-participação; (iv) supervalorização da função de prevenção geral negativa da pena; (v) ausência de vítimas individuais e determinadas; (vi) pouca visibilidade dos danos causados (muitas vezes difusos); (vii) utilização de normas penais em branco e bens jurídicos supra-individuais; e (viii) *modus operandi* diferenciado, delinquente econômico normalmente inserido no contexto social, delinquência com caráter de internacionalidade, profissionalidade e divisão de trabalho, cujos autores são preparados e protegidos contra a investigação policial. (HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista IBCRIM*, p. 41-51)

⁴⁵³ MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*, p. 70.

⁴⁵⁴ No mesmo sentido, cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 47; GALLINO, Rafael Miranda. *Delitos contra el orden económico*, p. 19; AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho penal económico*, p. 30; DEL ROSAL, Juan. *Tratado de derecho penal español*, v. 1, p. 33-34; FRONTINI, Paulo Salvador. Crime econômico por meio da empresa: relevância da omissão causal. *Revista de Direito Mercantil*, p. 41; e MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*, p. 132 (*apud* PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*, p. 12 a 14)

Estamos convencidos, também, de que o Direito penal econômico, sem embargo da especialidade de que se revestem as leis que o organizam, não é autônomo. Trata-se, simplesmente, de um ramo do Direito penal comum e, como tal, sujeito aos mesmos princípios fundamentais deste. Não há como negar que se trata de um conjunto de leis especiais, necessariamente editadas sob a pressão de necessidades novas, objetivando a defesa dos bens e interesses ligados à política econômica do Estado. Mas, inegável é, igualmente, que tais leis de caráter penal não podem fugir às exigências que se colocam em volta de todos os preceitos penais. Não se trata, portanto, de um Direito desligado dos compromissos dogmáticos próprios do Direito penal comum, que toma emprestada apenas a sanção mais severa, que é a pena. Não é a natureza especial das normas, incorporadas em setor diverso do Código penal, em leis extravagantes, que permite a afirmação de autonomia do Direito penal econômico. Nem mesmo a alegação de que este Direito necessita de maior agilidade, na defesa dos bens e interesses objetivados, poderia justificar a quebra dos princípios gerais do Direito penal, aqueles mesmos já mencionados como os da reserva legal e da responsabilidade subjetiva. Se se tratasse de um Direito autônomo, que somente adotasse a sanção penal, não se cogitaria de tais restrições, pois a sua construção própria e especial, mais chegada à natureza privatística, refugiria a tais exigências dogmáticas. No entanto, à evidência, ninguém poderá defender de boa mente a conveniência de serem postergados estes princípios, em se tratando de leis sancionadas com a grave pena restritiva da liberdade. Se assim não se entender, a pretendida autonomia do Direito penal econômico se converteria em intolerável arma de opressão estatal, um poderoso instrumento coercitivo capaz de esmagar as maiores conquistas da humanidade, no campo da liberdade.⁴⁵⁵

No contexto do Estado Democrático de Direito, incabível o argumento dos defensores da autonomia do direito penal econômico no sentido de que esta seria legitimada pela necessidade pragmática de relativização de princípios e garantias individuais para um eficiente combate à criminalidade moderna.

Essa premissa, além de vedada do ponto de vista dogmático, está equivocada. A história tem demonstrado que, mesmo a pretexto de promover maior segurança, toda relativização de princípios e garantias individuais acaba permitindo maior arbitrariedade do Estado, sem qualquer benefício social correspondente.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*, p. 15-16.

⁴⁵⁶ Portanto, refutamos a tese de Tiedemann quanto à necessidade de, no Estado Social, constituírem os interesses da administração bens jurídico-penais. A noção de bem jurídico deve estar ligada ou reconduzida ao indivíduo, e não à autoridade pública.

Essa conclusão é de fácil demonstração no que tange à atual realidade brasileira.

Tomemos, por exemplo, a questão referente à relativização da responsabilidade subjetiva, segundo a qual, nos delitos econômicos: (i) deve-se priorizar a prova documental, sendo dispensável a investigação prévia (inquérito policial); (ii) as denúncias podem prescindir de uma descrição pormenorizada do fato; (iii) a instrução probatória processual deve ser mais célere, já que dispensável a oitiva de testemunhas e realização de perícias.⁴⁵⁷

A adoção dessas estratégias na realidade forense brasileira tem transformado em “delinquentes econômicos” meros funcionários, prepostos, procuradores, conhecidos ou parentes dos verdadeiros gestores das sociedades empresárias.⁴⁵⁸

É que, sem um cuidado específico quanto ao aspecto subjetivo, estão sendo denunciados e até condenados aqueles que somente compõem o contrato social e que nem sequer praticaram ato de gestão, muito menos conduta delituosa.

As premissas do direito civil (*lato sensu*) não podem ser aplicadas ao direito penal porque neste, diferentemente daquele, a mera qualificação jurídica não basta para imputação da responsabilidade. O direito penal garantista é um direito penal do fato.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Quanto ao aspecto da responsabilidade subjetiva, sugere Tiedemann, como princípio do direito penal econômico, a admissão da punição por imprudência grave ou deveres especiais de agir, cujo objetivo seria fugir da dificultosa questão probatória do dolo e, ainda, no reconhecimento de uma especial responsabilidade dos agentes econômicos (TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 87-89). Na mesma linha, quanto à autoria, sustenta que os delitos econômicos são especiais, já que têm uma relação de proximidade entre o autor e o bem jurídico, seja na definição típica expressa (existência de muitos crimes próprios), seja mediante a atividade interpretativa do aplicador da lei. Para o autor, esse tipo de intervenção penal especial se revela de grande importância na economia moderna, diante da crescente divisão de trabalho e delegação de responsabilidades. Ressalta, assim, os problemas referentes à atuação por representação ou mandato, muito comuns no âmbito dos órgãos diretivos das pessoas jurídicas. (TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 83)

⁴⁵⁸ A criminalidade econômica atual, diante da expansão não sistemática e excessiva das normas de direito penal econômico, não é mais aquela cometida apenas pelos poderosos, cujo perfil criminológico foi traçado por Sutherland. Nesse sentido, o próprio Carlos Perez del Valle, defensor da tese da autonomia, reconhece que ocorreu uma “democratização” dos delitos econômicos, uma vez que *la idea de criminalidad económica, que en la actualidad constituye el objeto político-criminal del Derecho penal económico, no es coincidente con la ‘delincuencia de cuello blanco’*. (BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*, p. 37)

⁴⁵⁹ A questão da autoria exige a prática, por um sujeito imputável, de fato previsto na lei como típico, não bastando a mera qualificação jurídica formal. Não basta ocupar um cargo ou função. A questão deve ser tratada na exata forma em que prevista pelo art. 29 do Código Penal. Por outro lado, o administrador de fato, caso pratique a conduta típica, deve ser punido.

No âmbito probatório, portanto, deve-se valorizar a realidade factual sobre a realidade documental, mediante um inquérito policial bem-feito, que permita uma denúncia pormenorizada e ampla produção de provas e, portanto, de defesa no curso do processo.

A relativização da noção de uma responsabilidade penal subjetiva, além de violar os princípios e garantias fundamentais *nullum crimen sine culpa, nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, null accusatio sine probatione e nulla probatio sine defensione*, acaba favorecendo justamente aqueles que utilizam as estruturas das pessoas jurídicas, inicialmente lícitas, para o cometimento de delitos.⁴⁶⁰

Os verdadeiros delinquentes econômicos, predispostos à prática ilícita, dificilmente integram o contrato social ou assinam qualquer documento. Agem, em geral, por interpostas pessoas. Portanto, a relativização das noções de uma responsabilidade subjetiva, além de sacrificar injustificadamente princípios individuais, acaba por favorecer a verdadeira criminalidade econômica.

Ressalte-se ainda, a título de exemplo, as circunstâncias específicas do direito penal tributário. Diante da norma que possibilita a extinção da punibilidade em face do pagamento, o direito penal tributário é diuturnamente utilizado pelo Estado como mero instrumento de pressão para a cobrança de tributos, muitas vezes, indevidos.⁴⁶¹

Outro exemplo se recolhe do direito penal previdenciário, uma vez que, para efeito da apropriação indébita previdenciária, se está a dispensar a prova quanto ao *animus rem sibi abendi*, bem como a prescindir da existência do resultado naturalístico da efetiva apropriação do dinheiro (trata-se de crime formal).

Essa posição tem transformado em “delinquentes econômicos” todos aqueles empresários que, em razão de dificuldades financeiras circunstanciais, sem

⁴⁶⁰ Ademais, a intervenção penal deve ser orientada, como regra, pelo dolo. Essa premissa se encontra positivada no art. 18 do Código Penal. A previsão de responsabilidade penal a título de culpa deve ser excepcional, admitida apenas em razão de extrema necessidade de política criminal, até porque se trata de responsabilidade penal que relativiza o aspecto subjetivo da conduta e implica em tipificação menos taxativa.

⁴⁶¹ A facilitar essa prática, a relativização da materialidade, admitida diante da mera informação prestada pela autoridade fiscal que é suspeita do ponto de vista probatório, já que tem interesse direto na causa em razão da sua finalidade arrecadadora. Da mesma forma, a possibilidade de início do inquérito policial e até da ação penal, antes da efetiva constituição do crédito fiscal. Consigne-se, todavia, que esta prática já foi refutada recentemente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

qualquer ardil ou fraude, não conseguem recolher à autoridade fiscal, a tempo e modo, as contribuições previdenciárias devidas.⁴⁶²

Tais medidas, ao contrário de combater a verdadeira criminalidade econômica, propiciam, além de um arbítrio do Estado, um desserviço ao próprio bem jurídico da ordem econômica constitucionalmente orientada.

O direito penal econômico cria mais obrigações e limites para os agentes econômicos, restringe o acesso às atividades econômicas. Seu abuso, portanto, ao limitar o acesso ao ambiente econômico àqueles que detêm grande volume de capital, favorecendo as estruturas oligopolistas de mercado, põe em risco o próprio modelo econômico adotado e, via de consequência, suas finalidades de promover uma existência digna, orientada pela justiça social.⁴⁶³

Diante disso, seja do ponto de vista dogmático, seja do ponto de vista da melhor política criminal, estamos convencidos de que a autonomia do direito penal econômico se limita àquela acadêmica, afeita aos estudiosos do tema.⁴⁶⁴

Não há de se cogitar, portanto, de qualquer afastamento de direitos e garantias individuais fundamentais, irrenunciáveis no modelo de Estado Democrático de Direito.⁴⁶⁵

⁴⁶² Às vezes, sequer o principal, ou seja, o salário, foi pago pelo empresário, que mesmo assim é condenado pelo não pagamento da obrigação acessória. Essa posição, a nosso sentir, relativiza a vedação constitucional da prisão por dívida, cogitando-se de crime pelo mero inadimplemento civil, sem fraude.

⁴⁶³ Um exemplo desse desserviço do direito penal econômico ao próprio bem jurídico ordem econômica, no Brasil, recolhe-se do direito penal ambiental, uma vez que as exigências legais praticamente inviabilizam os pequenos e médios produtores rurais, restringindo a atividade agrícola aos grandes conglomerados econômicos.

⁴⁶⁴ Nesse sentido, Rodolfo Tigre Maia assevera que o direito penal econômico “configura-se tão-somente uma ramificação didática ou funcional integrante de um ramo mais amplo do ordenamento – este, sim, cientificamente autônomo e diferenciado dos demais ramos do conhecimento jurídico, que é o direito penal”. (MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*, p. 70)

⁴⁶⁵ Consigne-se, ainda, a posição de Fabian Balcarce, segundo a qual o direito penal econômico não seria autônomo, mas seria especial (BALCARCE, Fabian I. *Derecho penal económico*, p. 81). A nosso sentir, não há dúvidas de que alguns diplomas de direito penal econômico serão especiais em relação à legislação geral, já que normalmente regulam situações mais específicas. Entretanto, não acreditamos que essa relação de especificidade possa fundamentar, de qualquer forma, a relativização de princípios e garantias constitucionais fundamentais, até em razão da hierarquia entre as normas que criam os tipos (regras) e a natureza constitucional dos princípios penais.

4 DIREITO PENAL ECONÔMICO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Neste último capítulo, analisamos as características do direito penal econômico, cujo reconhecimento implica maior dificuldade de sua adequação aos postulados do princípio da legalidade.⁴⁶⁶

Tratamos, ainda, de modelos alternativos de regulação normativa como sugestão para conciliar a necessidade de intervenção estatal no âmbito econômico, sem o sacrifício de direitos e garantias constitucionais.

4.1 DIREITO PENAL ECONÔMICO, DELITOS DE PERIGO ABSTRATO E DE MERA CONDUTA

Partindo da premissa de que os delitos econômicos têm por objeto jurídico bens supraindividuais, referindo-se à *protección penal de instituciones*,⁴⁶⁷ alguns autores, sustentam que nessa seara deveria ser priorizada a intervenção penal mediante delitos de perigo abstrato.

Defendem que *en las instituciones o intereses colectivos jurídicos no se produce ni una lesión ni una concreta puesta en peligro a través del hecho delictivo*.⁴⁶⁸ Chegam até mesmo a sustentar a possibilidade de interpretação extensiva dos crimes de perigo abstrato.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ Nossa análise, não obstante reconheçamos que as peculiaridades dos delitos econômicos implicam consequências para todas as estruturas da teoria geral do delito, se concentra no âmbito da tipicidade e, mais especificamente, da tipicidade objetiva.

⁴⁶⁷ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 84.

⁴⁶⁸ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 85.

⁴⁶⁹ Nesse sentido, TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 85-87. Na mesma linha, PEREZ DEL VALLE, Carlos. *Introducción al derecho penal económico*. In: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*, p. 44.

Segundo essa concepção, o contexto dos delitos econômicos implica a relativização da noção de bem jurídico como limite material da intervenção penal, portanto são

*legítimos cuando un determinado sector social sólo puede ser organizado con la estandarización de comportamientos, pues en esos casos no puede mantenerse la expectativa de que las personas que se mueven en esa esfera se controlen de tal modo que eviten la producción de daños.*⁴⁷⁰

Essa posição endossa a tese sustentada pelo funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, segundo a qual a violação da norma penal é a frustração dessa expectativa, o não desempenho do papel esperado, o não comportamento como um bom cidadão, sendo que a pena tem como função confirmar a norma.⁴⁷¹

Nesse sentido, a legitimação material da intervenção penal residiria no fato de que as leis são necessárias para manter a forma da sociedade e do Estado, sem qualquer conteúdo genuíno, a não ser aquele do próprio contexto da regulação, entendido como a realidade da vida social. Portanto, nem todo crime exigiria lesão a um bem jurídico, havendo a possibilidade de delitos de mera transgressão.⁴⁷²

No que tange à possibilidade dos delitos de mera transgressão, ressalte-se, ainda, a posição de Roxin, para quem as normas reitoras e valorativas do direito penal estão contidas na política criminal do Estado, que deve estar em consonância com o anseio social de proteção a bens jurídicos. O autor admite a existência de bens jurídicos criados pela norma, bastando que não sejam violados preceitos constitucionais.⁴⁷³

Destarte, Roxin reconhece a legitimidade dos crimes de perigo abstrato sobre o fundamento de que o direito penal, em alguns casos, pode desempenhar função meramente preventiva. Nessas hipóteses, defende o professor a

⁴⁷⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*, p. 45. No mesmo sentido TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 86.

⁴⁷¹ No funcionalismo sistêmico, defende-se a função da pena considerando-a consequência do delito. Portanto, a função do próprio direito penal não é evitar lesões aos direitos fundamentais representados pelos bens jurídicos, mas, sim, reafirmar a vigência e o reconhecimento da norma. (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 26)

⁴⁷² Sobre o tema, cf. JAKOBS Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 71-72. O autor cita como exemplo crimes de infração de um dever funcional proveniente de competência institucional.

⁴⁷³ Nesse sentido, cf. ROXIN Claus. *Derecho penal: parte general*, t. I, p. 57.

necessidade de fundamentação especial, no sentido de demonstrar que a intervenção é necessária para a proteção efetiva do bem jurídico.⁴⁷⁴

Na doutrina nacional, também partindo da premissa da intervenção penal legitimada por bens jurídicos supraindividuais, Rodolfo Tigre Maia admite a adoção dos delitos de perigo abstrato, já que sua “valoração típica tem por pressuposto lógico a admissão normativa da efetiva viabilidade da produção futura de indesejável dano concreto ao objeto de proteção material da norma”.⁴⁷⁵

Continua o autor a ponderar que, nos casos de bens jurídicos supraindividuais, somente a reiteração da conduta poderá, efetivamente, chegar a lesar ou colocar em perigo o bem jurídico.

Portanto, para ele, caso não admitidos os delitos de perigo abstrato, os tipos penais que buscam “prevenir” a vulneração desses bens seriam inúteis. Conclui que nesse tipo de intervenção penal se evita a lesão “pela carga simbólica contida na repressão da prática singular”.⁴⁷⁶

Luís Greco defende uma posição intermediária. O autor critica o posicionamento, segundo ele radical, de que todo delito de perigo abstrato seria inconstitucional porque incompatível com o princípio constitucional da ofensividade.

Partindo de uma concepção dualista do bem jurídico, segundo a qual estes podem ser fundamentais para a “subsistência do sistema social”, também chega a admitir a existência de delitos desprovidos de legitimação pelo bem jurídico.⁴⁷⁷

Sustenta que a questão do perigo abstrato não deve ser tratada sob o prisma do bem jurídico, e sim da estrutura do delito, já que, para ele, enquanto a questão do bem jurídico diz respeito ao “o que” proteger, a estrutura do delito se refere ao “como proteger”.⁴⁷⁸

⁴⁷⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, t. I, p. 60. Em posição similar Pedrazzi admite o perigo abstrato e ressalta que na Itália essa técnica é utilizada nos delitos de empresa. Entretanto, adverte que o legislador deve ter um cuidado especial na presunção do perigo, devendo considerar a consciência científica disponível. Destaca o exemplo italiano do uso de tabelas para verificar a lesividade nos casos de delitos contra o meio ambiente e no âmbito societário, principalmente no que tange às falsidades em balanços (*soglie di punibilità*). (PEDRAZZI, C. *et al.* *Manuali di diritto penale dell'impresa*, p. 43)

⁴⁷⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*, p. 53.

⁴⁷⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*, p. 54-55.

⁴⁷⁷ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, p. 110-111.

⁴⁷⁸ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, p. 119.

Segundo o autor, a análise do perigo abstrato pode variar em razão do que se entende por perigo concreto, cuja avaliação pode ser *ex ante*, considerando as circunstâncias conhecidas e cognoscíveis no momento da prática do fato (doutrina italiana), ou *ex post*, considerando as circunstâncias reais, conhecidas ou cognoscíveis após a realização do fato (doutrina Alemã).⁴⁷⁹

Luís Greco afirma que o problema de ser mais ou menos garantista não se limita à questão da admissão ou não do perigo abstrato, mas, sim, na necessidade de afastar os denominados falsos bens jurídicos coletivos, de definir corretamente o perigo concreto e se criar critérios de distinção entre delitos de perigo abstrato legítimos e ilegítimos.⁴⁸⁰

Ocorre que as premissas de uma intervenção penal sem legitimação prévia de um bem jurídico lesado, mediante delitos de mera transgressão ou com função eminentemente preventiva, são inconciliáveis com nosso contexto constitucional.

Para seja legitimada materialmente a intervenção penal, no modelo de um direito penal mínimo, a descrição legal deve abranger uma conduta efetivamente lesiva ou concretamente perigosa ao bem jurídico.

⁴⁷⁹ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, p. 120.

⁴⁸⁰ Nessa linha, ROXIN, Claus. Política criminal y dogmática jurídico-penal en la actualidad. In: _____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, p. 91; SCHÜNEMANN, Bernd. *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation de Deutschen*, p. 201; FRISH, Wolfgang. An den Grenzen des Strafrechts. In: KÜPER; WELP (Ed.). *Festschrift für Stree und Wessels*, p. 69; JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *ZStW*, p. 751; bem como WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Domatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999; HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Heymanns, 2002. Esses autores desenvolvem várias modalidades de perigo abstrato. Wohlers os dividiu em: (i) delitos de ação concretamente perigosa, legitimação semelhante ao delito culposo, somente presente quando ultrapassado o risco permitido; (ii) delitos de cumulação, legitimação fundada em expectativas realistas de que caso as condutas sejam realizadas por um número maior de pessoas serão efetivamente lesivas; (iii) delitos de preparação, legitimação da punição pelo perigo da ação futura potencialmente lesiva causado por um agente ou um terceiro apenas justificável caso existam especiais circunstâncias de proteção da integridade do bem jurídico. Já Hefendehl constrói uma estrutura do delito para cada grupo de bens jurídicos coletivos. (*Apud* GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, p. 126-129)

Essa exigência está representada, na concepção do sistema garantista de Luigi Ferrajoli, pelo axioma de que *nullum crimen sine injuria*. Sobre a lesividade ensina o autor:

O princípio de lesividade, como ficou aqui definido, tem o valor de critério polivalente de minimização das proibições penais. [...] Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou que são, só em abstrato, presumidamente perigosos.⁴⁸¹

A adoção do princípio da lesividade, além de decorrer da própria noção de Estado Democrático de Direito, é reafirmada pela prerrogativa da dignidade da pessoa humana, que impõe visão antropocêntrica de Estado, impedindo que o indivíduo se torne mero instrumento para reafirmar expectativas normativas.⁴⁸²

Em síntese, a exigência de lesividade (ou ofensividade) é uma imposição constitucional de legitimidade em dois níveis: “um primeiro nível, no qual será verificada a existência de um bem jurídico-penal como objeto da norma”: e “um segundo nível, no qual se irá verificar a existência de ofensividade, como resultado jurídico da relação entre a conduta típica e o objeto de tutela da norma”.⁴⁸³

A previsão de delitos de perigo abstrato é absolutamente incompatível com o princípio constitucional da lesividade que exige, para a intervenção penal, a lesão ou, no mínimo, o perigo concreto de lesão ao bem jurídico.⁴⁸⁴

A utilização de delitos de perigo abstrato presume, de forma absoluta, perigos e riscos onde estes não existem. Tal sistema clona o objeto jurídico criando bens jurídicos intermediários (artificiais).

⁴⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 440. Pondera, ainda, o jurista italiano, que apenas as questões reprováveis por seus efeitos a terceiros podem ser passíveis da intervenção penal. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 426-436)

⁴⁸² O princípio da ofensividade encontra fundamento constitucional expresso no art. 98, inciso I da Constituição. No âmbito infraconstitucional, nos arts. 13, § 2º, 14, inciso II, 17, 18 e 31, do Código Penal. Sobre sua relação com a dignidade da pessoa humana, cf. D'AVILA Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*, p. 71.

⁴⁸³ D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*, p. 54.

⁴⁸⁴ Sobre o tema, cf. TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 79. No mesmo sentido, PELARIM, Evandro. *Bem jurídico penal: um debate sobre descriminalização*, p. 155.

A lesão desses bens jurídicos intermediários se limita a presumir a colocação em perigo de outros bens jurídicos, violando, assim, a orientação de um direito penal mínimo e garantista.⁴⁸⁵

De nada valeria, de um lado, o grande esforço na concepção de um conceito limitador de bem jurídico se, por outro, se pudesse admitir a edição de normas incriminadoras que prescindam da sua efetiva exposição a risco.

A adoção de delitos de perigo abstrato, portanto, ao desnaturar a própria concepção limitadora do bem jurídico, viola, também, o princípio da legalidade em sua concepção material, que exige a valoração de um bem jurídico-penal como limite do próprio legislador.⁴⁸⁶

Nem mesmo a solução intermediária sugerida por Luís Greco, embora louvável o esforço do autor em sustentar a admissão do perigo abstrato procurando não perder uma coesão garantista, pode ser admitida no nosso contexto constitucional.

A premissa do autor em adotar a concepção dualista de bem jurídico mitiga a função de garantia do conceito por permitir a adoção de “falsos bens jurídicos coletivos”.

Sobre esse ponto, nossa posição é de considerar a teoria monista pessoal do bem jurídico, que, além de não impedir a existência de bens coletivos, ao exigir sua recondução à esfera pessoal dos indivíduos, reforça a noção garantista do instituto.

Portanto, o argumento sobre a suposta necessidade de utilização dos delitos de perigo abstrato diante da intervenção penal legitimada por bens jurídicos supraindividuais se revela, sob nossa ótica, falaciosa.

É que os bens jurídicos supraindividuais somente se revestirão de dignidade penal caso sua lesão, ou o perigo concreto de que ela ocorra, sejam reconduzíveis à esfera pessoal dos indivíduos.

⁴⁸⁵ A doutrina minimalista italiana sustenta a incompatibilidade dos delitos de perigo abstrato com a noção de um direito penal mínimo (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 440). No mesmo sentido, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*, p. 491-492. Defende o professor argentino que os delitos de perigo abstrato somente podem subsistir em sistemas que prescindam da lesividade e cuja prevenção ocupe lugar de destaque na política criminal, requisitos que não são acolhidos pelo nosso contexto constitucional. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*, p. 129.

⁴⁸⁶ Sobre a violação dos princípios da legalidade material pelos delitos de perigo abstrato, cf. CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico: concepto y bien jurídico*. *IBCCRIM*, p. 50-79. No mesmo sentido, PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*, p. 39.

Com muito mais razão, prescindir do conceito de bem jurídico para legitimar a intervenção penal nos parece totalmente despropositado em um sistema garantista. Essa solução implicaria o abandono de uma teoria geral do delito, sendo certo que qualquer outra forma de legitimação da intervenção estatal não permitiria a utilização do direito penal.⁴⁸⁷

Nesse ponto, o falso dilema proposto pelo autor sobre o que fazer diante de intervenções penais às quais não se consegue identificar o bem jurídico nos parece de fácil solução, qual seja, descriminalizar e utilizar outras formas de intervenção para regular tais situações.⁴⁸⁸

Entendemos que a necessidade de legitimação da intervenção penal somente se justifica quando descrita conduta lesiva ou concretamente perigosa, analisada “*ex post*”, a um bem jurídico, cuja afetação seja passível de causar prejuízos ao indivíduo, mesmo que coletivamente considerado.

Sob essa ótica, a questão referente aos delitos de cumulação, ao contrário de permitir a intervenção de perigo abstrato consiste, na verdade, numa avaliação de perigo concreto.

O próprio fato de verificar se a conduta, caso reiterada, vá lesar ou não o bem jurídico abrangido pela norma, sempre realizada *ex post* caso a caso, consiste na valoração sobre a sua periculosidade ao objeto jurídico de forma concreta e não em presunção de risco abstrata.

Vedada constitucionalmente a própria utilização dos delitos de perigo abstrato, com muito mais razão deve ser extirpada sua interpretação extensiva.

A interpretação extensiva viola o princípio da legalidade e sua função de lei estrita, permitindo que, sob o pretexto de atividade interpretativa, o âmbito de aplicação da lei seja definido pelo intérprete, e não pelo legislador. Além disso, a

⁴⁸⁷ No mesmo sentido, MALHEIROS FILHO Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*, p. 74.

⁴⁸⁸ Sobre o tema leciona Arnaldo Malheiros Filho: “Por isso se diz que não poderia o Direito Penal dar-se à pretensão de regular toda a vida social, de interferir em todos os conflitos e perturbações da boa harmonia coletiva, de reprimir todos os comportamentos ilícitos ou contrários ao *Direito tout court*. O Direito Penal só incide sobre fragmentos da antijuridicidade. Sendo subsidiário e fragmentado, logo se vê que o Direito Penal é extremamente limitado. Por isso, quando se exclui a incidência de norma penal sobre determinado fato, não se está a declarar que ele é lícito, justo, socialmente útil ou moralmente elogiável: o fato pode ser o oposto disso tudo e, ainda assim, estranho ao Direito Penal”. [MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*, p. 70]

conduta passível de sanção deverá estar prévia e pormenorizadamente descrita na lei que cria o tipo penal incriminador.

A descrição legal deve limitar a função do intérprete, aproximando-a, o máximo possível, do simples juízo de subsunção do fato concreto à hipótese legal abstratamente prevista.

Destarte, somente será admissível uma intervenção penal no âmbito econômico caso compatível com os postulados da lesividade, da legalidade material e, assim, no mínimo, da verificação do perigo concreto de afetação ao objeto jurídico da norma.

Em síntese, sobre a utilização de delitos de perigo abstrato, leciona Raúl Eugenio Zaffaroni:

*Tipos de meras infracciones de peligro abstracto legitimadas mediante la creación artificial de bienes jurídicos, lejos de producir una sensación de seguridad en el valor del derecho, evidencian la crisis a que lleva el ejercicio irracional del poder punitivo, y amenazan los espacios de libertad social indispensables para la convivencia democrática.*⁴⁸⁹

Sob esse aspecto, importante consignar, ainda, a questão referente aos delitos de mera conduta.⁴⁹⁰

Exigindo nosso contexto constitucional, para a configuração do delito, tanto o desvalor da ação, aferida pelos elementos subjetivos do tipo e pela culpabilidade, quanto do resultado, aferido pela lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, a conclusão é de que não há crime sem resultado (ao menos jurídico).⁴⁹¹

⁴⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*, p. 812.

⁴⁹⁰ Adotamos a classificação defendida por Manoel Pedro Pimentel segundo a qual, quanto ao resultado, os delitos podem ser: (i) materiais, quando a descrição da norma exige como elemento essencial do fato típico a produção de um resultado naturalístico; (ii) formais, quando o resultado que a lei considera relevante para configuração do tipo se obtêm pela própria conduta; (iii) de mera conduta, quando a ação ou a omissão bastam para constituir o elemento objetivo da figura típica, prescindindo-se da noção de resultado. (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*, p. 39-41, 62-64)

⁴⁹¹ Sobre a adoção, pela Constituição, da teoria dualista quanto à desvalorização da ação e do resultado, cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 238. Na mesma linha, MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez et al. (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*, p. 78-79.

Destarte, os delitos de mera conduta não podem ser aceitos em nossa ordem constitucional, já que eles implicariam a aceitação de aplicação da sanção pela mera prática de ação ou omissão, descartando o desvalor do resultado.

Sobre o tema, o Professor Arnaldo Malheiros Filho, que denomina tais delitos de “crimes de mero capricho”, ensina:

não pode o intérprete acomodar-se na afirmação – tão sonora quanto oca – ‘basta que a conduta se amolde ao tipo penal’, pois estaria considerando o crime como mero ato e não como fato, apurando a mera tipicidade formal e não material. Enquanto fato o delito exige evento, que há de ser verificado para que se configure a infração penal. O que jamais se pode admitir é aplicar a lei como se uma conduta fosse punível sem ter qualquer relevo para o meio social, somente por um capricho do legislador.⁴⁹²

Ademais, os delitos formais, embora possam ser admitidos, devem ser utilizados de forma subsidiária aos delitos materiais, porque se contentam com um grau menor de ofensividade, portanto implicam uma intervenção penal menos garantista.

Não obstante nosso posicionamento quanto à inadequação dos delitos de perigo abstrato e de mera conduta aos preceitos da legalidade material, é evidente a insistência do legislador ordinário em sua utilização, principalmente no tocante aos delitos econômicos.

Podemos citar, a título de exemplo, nos crimes contra o sistema financeiro, o art. 22 da Lei n. 7.492/86:

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.⁴⁹³

⁴⁹² MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*, p. 90.

⁴⁹³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm>. Acesso em: 28 maio 2011.

Parte da doutrina entende que a segunda parte do seu parágrafo único, expressa na locução “manter depósitos não declarados à repartição federal competente”, seria delito de mera conduta e permanente.⁴⁹⁴

Nos crimes contra a ordem tributária, o art. 2º da Lei n. 8.137/90 estabelece:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.⁴⁹⁵

Para alguns doutrinadores tais condutas, em contraponto aos delitos previstos no art. 1º da mesma lei, seriam delitos de mera conduta.⁴⁹⁶

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90, em seu art. 63 reza:

Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade: Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa. § 1º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado. § 2º Se o crime é culposo: Pena Detenção de um a seis meses ou multa.⁴⁹⁷

A doutrina classifica tal dispositivo como delito como de perigo abstrato.⁴⁹⁸

⁴⁹⁴ PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*, p. 330.

⁴⁹⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 28 maio 2011.

⁴⁹⁶ PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*, p. 436. No mesmo sentido, SILVA, Juary C. *Elementos de direito penal tributário*, p. 219.

⁴⁹⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 28 maio 2011.

⁴⁹⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Crimes contra o consumidor*, p. 11.

A Lei n. 9.605/98 criminaliza, em seu art. 56, a conduta de:

Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – abandona os produtos ou substâncias referidos no *caput* ou os utiliza em desacordo com as normas ambientais ou de segurança; II – manipula, acondiciona, armazena, coleta, transporta, reutiliza, recicla ou dá destinação final a resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento. § 2º Se o produto ou a substância for nuclear ou radioativa, a pena é aumentada de um sexto a um terço. § 3º Se o crime é culposo: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.⁴⁹⁹

Também nesse caso, há interpretação de que se trata de delito de perigo abstrato e mera conduta, já que se consuma mesmo sem efetivo dano ao meio ambiente.⁵⁰⁰

No que tange ao crime de lavagem de dinheiro, Lei n. 9.613/98, mais especificamente, o § 2º, inciso II, do art. 1º expressa:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: [...] § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: [...] II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.⁵⁰¹

Parte da doutrina, da mesma forma, entende tratar-se de delito de perigo abstrato e mera conduta.⁵⁰²

Reiteramos os que os tipos expostos consistem em mero rol exemplificativo, já que existem diversos outros dispositivos nesses mesmos textos legais que poderiam se enquadrar na classificação de perigo abstrato ou de mera conduta, bem como existem dispositivos de outras leis de direito penal econômico a estabelecer tipos com essas mesmas características.

⁴⁹⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 28 maio 2011.

⁵⁰⁰ PRADO, Luiz Régis. *Direito penal do ambiente*, p. 257.

⁵⁰¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 28 maio 2011.

⁵⁰² CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*, p. 326.

Diante desse descompasso entre a política criminal adotada pela Constituição e a política legislativa efetivamente implementada, duas são as soluções possíveis: (i) o “salvamento”, sempre que possível, da tipificação legal mediante sua interpretação conforme os ditames da Constituição; ou (ii) o reconhecimento da inconstitucionalidade dos tipos.

Podemos citar, a título de exemplo da interpretação conforme a Constituição, o delito de cartel, previsto no art. 4º inciso I alínea “a” da Lei n. 8.137/90 que diz “constitui crime contra a ordem econômica: I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante: ajuste ou acordo de empresas”.⁵⁰³

Tal dispositivo, não obstante possa ser compreendido como delito de perigo abstrato, deve, para resguardar sua constitucionalidade, ser interpretado como de perigo concreto.

Assim, o aplicador da lei, ao elaborar o juízo de subsunção da conduta ao tipo, tem de verificar, em concreto e *ex post*, se houve, naquelas circunstâncias, o efetivo risco ao bem jurídico liberdade de iniciativa e livre concorrência.⁵⁰⁴

Ressalte-se, ainda, quanto a esse ponto, a situação *sui generis* dos delitos contra a ordem tributária.

⁵⁰³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 28 maio 2011. Exemplo similar se recolhe do art. 16 da Lei n. 7.492: “Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio: Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm>. Acesso em: 28 maio 2011). Luiz Régis Prado sustenta tratar-se de delito de perigo abstrato e mera conduta, dispensando até mesmo a habitualidade (PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*, p. 231). Cezar Roberto Bitencourt e Andrei Zenkner Schmidt sustentam a tese de perigo concreto (BITENCOURT, Cezar Roberto; SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico aplicado*, p.117-199). Paulo José da Costa Júnior ressalta a necessidade de habitualidade (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Crimes do colarinho branco*, p. 114). Nossa posição é de que se trata de delito de perigo concreto que exige habitualidade, tudo no sentido de resguardar o valores constitucionais de uma norma penal incriminadora legitimada materialmente pela lesão a um bem jurídico.

⁵⁰⁴ Rodolfo Tigre Maia sustenta que o delito de cartel seria delito de perigo abstrato. Todavia, ressalva que, nesse caso “excepcionalmente, torna-se factível a constatação da presença de resultados materiais, ainda que, em termos estruturais, estes resultados (o domínio de mercado e/ou a eliminação da concorrência) quando sopesados globalmente, sejam parciais ou residuais, por restritos tão-somente a uma determinada fatia constitutiva (um dado setor do mercado ou uma parcela da concorrência) de um todo mais amplo (a ordem econômica)”. (MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*, p. 144). Em sentido contrário, Luiz Régis Prado sustenta que somente “as ações que colocarem em perigo ou efetivamente violarem essa liberdade, assegurada constitucionalmente a todos, configurarão crime contra a ordem econômica”. (PRADO, Luiz Régis. *Delitos contra a ordem econômica*, p. 36)

Diante da previsão legal de extinção da punibilidade pelo pagamento, acompanhamos a posição de Hugo de Brito Machado e Arnaldo Malheiros Filho, no sentido de reconhecer a impossibilidade de conceber crime contra a ordem tributária sem ilícito patrimonial tributário.⁵⁰⁵

Não havendo débito tributário, mesmo subsistente a fraude, extinta estaria a punibilidade, já que a ausência de débito deve ser equivalente à hipótese de seu pagamento.

Impossível, por falta de amparo constitucional mínimo, sustentar que o benefício da extinção da punibilidade seria aplicável apenas aos delitos materiais (naturalmente mais graves diante do desvalor do resultado), sendo inaplicável aos delitos formais ou de mera conduta (menos graves).

Tal argumento, caso levado a cabo, implicaria o reconhecimento de que, enquanto aquele agente que obteve êxito em sua empreitada criminosa teria a possibilidade de se ver livre da sanção penal pelo pagamento, tal chance seria negada ao sujeito que não obteve sucesso na supressão ou redução efetiva do tributo, mesmo praticando a fraude. Em síntese e em suma, a conduta mais grave (lesiva) seria tratada de forma mais benéfica do que a conduta menos grave.

Nesse sentido, admitimos que tanto o art. 1º quanto o art. 2º da Lei n. 8.137/90 são crimes materiais e de dano, exigindo a efetiva supressão ou redução de tributo devido.

Destarte, sempre no sentido da defesa intransigente dos princípios constitucionais, mas, ao mesmo tempo, reconhecendo que pela política legislativa adotada a declaração de inconstitucionalidade de todos os delitos de perigo abstrato e mera conduta poderia implicar descriminalização excessiva, é preciso considerar que “a lei não traz a norma, mas apenas o texto, o enunciado normativo”.

Portanto, a adequação constitucional pode ser feita também no âmbito do intérprete, sendo certo que a interpretação conforme a Constituição, sempre que

⁵⁰⁵ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de direito penal tributário*. São Paulo: Atlas, 2002 apud MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Omissão de rendimentos presumidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.15, p.217-230, jul./set.,1996. Na mesma linha FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Curso de direito penal tributário brasileiro*, p.134. O autor chega a afirmar a inaplicabilidade do art. 2º, inciso I, que seria um “tipo suicida”.

possível, deve se dar de modo a evitar “um indesejável “buraco negro”, até que o legislador se dê ao trabalho de adequar as proibições à ordem constitucional”.⁵⁰⁶

Em síntese, é fato que o princípio constitucional da legalidade material não legitima qualquer intervenção penal que prescindida da existência de um valor que se enquadre na definição de bem jurídico de dignidade penal.

Além disso, essa prerrogativa exige que a norma penal descreva uma conduta lesiva ou concretamente perigosa a esse objeto jurídico, afastando a utilização de delitos de mera transgressão, de perigo abstrato ou de mera conduta.

A utilização dessa técnica legislativa, principalmente no âmbito dos delitos econômicos, deve implicar a sua interpretação conforme a Constituição ou, quando inevitável, no reconhecimento de sua invalidade por vício constitucional.

A um direito penal mínimo não cabe função antecipadora e exclusivamente preventiva.

4.2 DIREITO PENAL ECONÔMICO E TAXATIVIDADE

O postulado decorrente do princípio da legalidade de que o texto normativo deve ser taxativo, tendo seu conteúdo previamente claro e determinado, encontra uma dificuldade especial no âmbito dos delitos econômicos.⁵⁰⁷

Em razão de seu inegável caráter interdisciplinar, o direito penal econômico exige dos juristas o conhecimento, dentre outros, de conceitos da economia, do direito econômico, do direito financeiro, do direito tributário e, por óbvio, do direito penal.

⁵⁰⁶ MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*, p. 97-98. No mesmo sentido PELARIM, Evandro. *Bem jurídico penal: um debate sobre descriminalização*, p. 158.

⁵⁰⁷ Gabriel Adriasola ressalta que o respeito ao postulado da taxatividade já é, naturalmente, difícil, na medida em que exige um questionamento mais evidente do juiz em face do legislador. (ADRIASOLA, Gabriel. Juez. legislador y principio de taxatividad en la construcción del tipo penal. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología: Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje*, p. 1.070)

Em razão disso, a tipificação desses delitos, sob os preceitos das garantias inerentes à tipicidade no direito penal garantista, não é tarefa das mais fáceis.⁵⁰⁸

O professor Manoel Pedro Pimentel, já na apresentação de seu texto escrito em 1973, assevera as dificuldades enfrentadas pelo legislador em enquadrar as leis especiais de cunho econômico aos cânones da dogmática.

Ressalta a deficiência da redação normativa, em razão da falta de consciência econômica dos juristas e de formação jurídica dos economistas, que, muitas vezes, são os mentores das leis dessa matéria.

Justamente em razão dessa dificuldade, não raras vezes, o legislador acaba por redigir “imprecisamente a lei, tornando-se bastante vagos os conceitos verbais, o que torna difícil precisar os contornos do fato tipificado” ou, ainda,

se limita a acrescentar uma sanção penal a prescrições de direito puramente comercial. Daí resultam infrações que não foram concebidas conforme as exigências e as finalidades da repressão penal, e cuja noção está de tal modo imbricada nas regras do Direito comercial que, para verificar-lhes a existência é preciso, preliminarmente, resolver questões jurídicas sutis e sujeitas a discussão que, ademais, não interessam às verdadeiras razões da repressão.⁵⁰⁹

Essa dificuldade, desde então, somente tem aumentando diante da necessidade de conceitos fluídos e efêmeros peculiares à atividade econômica, cuja evolução é cada vez mais rápida diante dos novos instrumentos tecnológicos disponíveis, em contraponto à exigência de conceitos concretos, taxativos e determinados, exigidos pela tipicidade penal.⁵¹⁰

Há um verdadeiro antagonismo entre a evolução da linguagem econômica e a necessidade da linguagem penal, cujos interesses devem ser conciliados pelo direito penal econômico.⁵¹¹

⁵⁰⁸ Sobre o tema, cf. PEREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO Enrique. *Derecho penal económico*, p. 29.

⁵⁰⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal económico*, p. 1, 33-34, 38-39.

⁵¹⁰ Sobre a complexidade das novas áreas do direito penal, administrativa, tributária, financeira, cf. SALVADOR NETTO Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade*, p. 222)

⁵¹¹ Nesse sentido, cf. JALIL, Maurício Schaum. *Criminalidade económica e as novas perspectivas de repressão penal*, p. 36.

Nesse contexto, há autores que sustentam, no âmbito do direito penal econômico, a relativização da noção de taxatividade do princípio da legalidade, principalmente mediante a utilização de: (i) tipos penais residuais ou de captura; (ii) criação de presunções legais; (iii) utilização de leis penais em branco ou de técnicas remissivas; e (iv) flexibilização das noções de subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal.⁵¹²

Para esses autores, a possibilidade de tipos penais residuais ou de captura, portanto, abertos e pouco taxativos, é fundamentada para a adoção de uma política criminal cujo objetivo é facilitar a aplicação prática das leis penais.

A função desses tipos é promover maior integração entre o direito penal econômico e o processo penal, haja vista que facilitam a obtenção de prova suficiente para a condenação, diante de uma previsão legal mais abrangente.⁵¹³

Um exemplo dessa estratégia expansiva, na Alemanha, é a adoção de um tipo operativo-funcional que considera delito econômico aquele cometido mediante utilização de uma empresa, realizado no benefício desta ou em seu âmbito.⁵¹⁴

Com o mesmo objetivo de aplicação facilitada dos tipos, chega-se a admitir, no âmbito do direito penal econômico, a existência de presunções legais, tanto no âmbito subjetivo (presunção de dolo e culpa) quanto objetivo (perigo abstrato e crimes omissivos impróprios, por exemplo).⁵¹⁵

⁵¹² Nesse sentido, cf. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*, p. 29-50. Da mesma forma, TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 82-94.

⁵¹³ Cf. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 92.

⁵¹⁴ CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al.* (Coord). *Derecho penal económico: análise contemporânea*, p. 25. Em nosso ordenamento jurídico, solução parecida pretendeu ser adotada no dispositivo do art. 3º, da Lei n. 9.605/98, segundo o qual os crimes ambientais seriam imputáveis à pessoas jurídicas quando praticados por seus representantes ou órgãos diretivos no seu “interesse ou benefício”. A nosso sentir, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é absolutamente incompatível com nosso modelo de direito penal, por absoluta incapacidade seja de ação, seja de culpabilidade e de pena. Além disso, note-se que a condição imposta pela lei para a imputação é de impossível verificação. Não há que se cogitar de delito cometido no interesse ou benefício de sociedade alguma. As expressões em comento não podem ser interpretadas significando apenas interesses ou benefícios econômicos. O interesse e o benefício das pessoas jurídicas somente podem ser atingidos por condutas lícitas e abrangidas pelo seu objeto social. O cometimento de ilícito implica a aplicação de sanção que, necessariamente, não irá beneficiar o ente coletivo. Além disso, o ilícito ultrapassa os limites do objeto social, portanto não se trata de ato da sociedade, e sim da pessoa natural que o terá praticado, corolário da teoria dos atos *ultra vires*, consagrada no direito empresarial.

⁵¹⁵ Tiedemann sustenta que, na Alemanha, apesar de alguns posicionamentos jurisprudenciais dissidentes, esse tipo de presunção é considerado uma infração ao princípio constitucional da culpabilidade. Todavia sustenta que elas têm tido ampla aplicação no direito estrangeiro, principalmente no âmbito do direito comunitário europeu. O Tribunal Comunitário Europeu tem admitido presunções judiciais com relação à participação em acordos que lesem a livre

Além disso, tem sido muito comum a utilização indiscriminada, no âmbito dos delitos econômicos, de leis penais em branco ou técnicas remissivas, já que *para el Derecho penal económico el empleo de leyes abiertas (en blanco) no solamente son frecuentes sino típicas.*⁵¹⁶

Para aqueles que defendem essa posição, o seu fundamento, além de também mitigar a exigência de prova para condenação, encontra justificação histórica na concepção de que o direito penal econômico consiste em um direito de crise.

Nesse sentido, o direito penal econômico seria um direito de exceção, no qual se deve estabelecer cláusulas gerais autônomas do direito penal comum. Segundo essa linha seria permitido ao direito penal econômico utilizar-se de *cláusulas generales que pueden ser entendidas como forma extrema de elementos del tipo normativamente indeterminados.*⁵¹⁷ Com essa premissa, a indeterminação seria essencial *para posibilitar una adaptación a los cambios de las concepciones y los contextos, sin tener que cambiar la ley.*⁵¹⁸

Aditem, ainda, tais autores, como Klaus Tiedemann, que os problemas causados pela indeterminação dos preceitos legais devem se resolver no âmbito de aplicação da lei, já que

*el principio constitucional de taxatividad se dirige no solamente al legislador, sino también al juez penal, el cual, por la vía de la interpretación restrictiva, tiene que hacer que una norma jurídica indeterminada y un concepto jurídico indeterminado (p. ej., 'violência') se vuelvan más determinados [...] para una condena penal solamente deben tomarse por base parámetros generales y valoraciones seguras, así como una jurisprudencia 'cimentada' que no presente dudas: la valoración hecha por el autor debe ser claramente insostenible.*⁵¹⁹

Há, ainda, quem defenda, no âmbito dos delitos econômicos, a relativização das noções de subsidiariedade e fragmetariedade da intervenção

concorrência, quando a empresa tenha participado da reunião no qual o acordo lesivo foi discutido, desde que não tenha se manifestado expressamente de forma contrária. Tem-se admitido até mesmo que a responsabilidade existe independentemente do fato de a empresa em questão ter ou não implementado a prática lesiva. Seria indiferente a prática ou não da conduta ilícita. (TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 93)

⁵¹⁶ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 129.

⁵¹⁷ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 137.

⁵¹⁸ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 137.

⁵¹⁹ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 140-142

penal, em razão da importância dos bens jurídicos supraindividuais. Portanto, para quem adere a essa premissa, é permitido ao Estado utilizar-se do direito penal mesmo antes de uma intervenção legal menos gravosa.⁵²⁰

A relativização da taxatividade como postulado do princípio da legalidade, ponto central de toda a constituição de um Estado de Direito, sob o simples pretexto pragmático de uma política criminal supostamente mais eficiente no combate à criminalidade econômica, é inaceitável. Nesse sentido, a lição de Luiz Luisi:

Talvez uma 'indeterminação' das leis penais possa, por vezes, viabilizar uma mais integral realização da justiça substancial, mas é, na maioria das vezes, a porta pela qual se introduzem formas variadas, e por vezes cruéis, de criminalidade legalizada [...] No Brasil a tradição constitucional, bem como o texto vigente, consagram a liberdade como direito inviolável e seu consectário que é o princípio da legalidade dos delitos e das penas.⁵²¹

A premissa da taxatividade dos tipos, nos ditames da Constituição brasileira, vincula o legislador penal, inclusive no que tange à previsão de delitos econômicos. Portanto, os denominados tipos de captura são inválidos em nosso ordenamento, já que violadores do princípio da legalidade.

No contexto de um direito penal mínimo, não se pode admitir a elaboração de tipos indeterminados que vão transferir para o aplicador da lei a definição do que está permitido ou proibido. Esse limite deve ser facultado ao jurisdicionado, de forma prévia, mediante texto de lei.

Trata-se de postulado básico do Estado de Direito que exige um mínimo de segurança jurídica aos seus cidadãos.

Da mesma forma, ditas presunções legais são absolutamente incompatíveis com as premissas do Estado Democrático de Direito, que exige, diante do princípio da legalidade, para a aplicação de sanção, como primeiro passo (juízo de tipicidade), prova inequívoca, produzida em regular processo judicial, da existência de fato que se adapte à previsão típica anterior.

A existência de presunções legais viola, ainda, os princípios da culpabilidade e da presunção de inocência, já que relativizam a importância dos

⁵²⁰ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 89-90. Na mesma linha, PEREZ DEL VALLE, Carlos. *Introducción al derecho penal económico*. In: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*, p. 42.

⁵²¹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, p. 32.

elementos subjetivos e da reprovação da conduta, além de implicarem a inversão do ônus probatório no curso do processo penal.

Portanto, não há que se falar, nos delitos econômicos, em presunção de dolo, culpa e, principalmente, em presunções legais que, sem taxatividade mínima, buscam igualar qualquer omissão à ação supostamente típica, simplesmente em razão de uma função ou cargo ocupado numa pessoa jurídica.⁵²²

No mesmo diapasão, a utilização de normas penais em branco, a par de implicar a elaboração de normas penais pouco claras e indeterminadas, não foi admitida pela Constituição brasileira, orientada pelo postulado da lei estrita.

O princípio da legalidade limita a origem das normas penais incriminadoras ao Poder Legislativo federal, sob pena de violação à prerrogativa de separação dos poderes.

A função de eventual regulamento administrativo deve se limitar à complementação (restritiva) do sentido das elementares normativas constantes do tipo, o qual, necessariamente, deve expressar todas as circunstâncias da conduta passível de sanção.

A técnica de reenvio também não pode ser implementada de forma absoluta, sob pena de, além de diminuir a taxatividade dos tipos, criminalizar, indistintamente, toda a regulação cível ou administrativa sobre determinada matéria.⁵²³

⁵²² Um exemplo de presunção legal inadmissível é a própria concepção de perigo abstrato, ao presumir *jure et jure* a colocação em perigo do objeto jurídico. Da mesma forma, a posição de garante, ao contrário do que sustenta Tiedemann, não poderá ser presumida (cf. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 190). A omissão penalmente relevante, também no âmbito do direito penal econômico, será aquela que exigir do agente o poder dever de agir. Essa posição não pode ser deduzida, há de ser expressa. Não deve ficar facultado ao juiz criar equivalências entre ações e omissões (ADRIASOLA, Gabriel. Juez, legislador y principio de taxatividad en la construcción del tipo penal. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología: Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje*, p. 1.068). No caso do Brasil, os limites da omissão relevante estão previstos, expressamente, no art. 13, § 2º, do Código Penal.

⁵²³ Cesare Pedrazzi reconhece a falta de taxatividade na legislação penal econômica italiana, cita a técnica de reenvio, onde a norma penal se limita a prescrever a pena, cuja conduta é descrita pela norma cível/administrativa. Em alguns casos há uma cadeia de reenvios, já que a norma reenviada faz referência a uma terceira norma e assim sucessivamente. O autor critica essa técnica, porquanto ela diminuiria o caráter autônomo do direito penal, transformando-o em mero direito sancionatório (PEDRAZZI, C. *et al. Manuali di diritto penale dell'impresa*, p. 42-49). A nosso sentir, a crítica mais contundente a essa técnica reside no fato da falta de taxatividade e na inversão da noção de *ultima ratio* da intervenção penal.

Sobre o tema Pilar Gómez Pavón limita a utilização de remissões normativas que *no podrán efectuar-se en bloque, ni ser prescriptivas, la delimitación de hechos subsumibles debe efectuarse por la propia norma penal.*⁵²⁴

Da mesma forma, não pode ser admitido o argumento de que a indeterminação das leis penais econômicas seria solucionada no âmbito da aplicação da lei.

Admitir essa solução implicará em reconhecer que a abrangência da lei será definida, *a posteriori*, pelo intérprete, com redução substancial da função de garantia a ser despenhada pelo tipo. Esta possibilidade criaria um ambiente de total insegurança jurídica.⁵²⁵

Essa solução, além de aumentar perigosamente o âmbito de discricionariedade do aplicador da lei (risco de decisões arbitrárias), viola a própria concepção de lei prévia, pois os termos da conduta criminosa somente seriam delimitados quando do julgamento.

Assim, ao contrário do que sugerido no âmbito dos delitos de perigo abstrato ou de mera conduta, o “salvamento” dos tipos penais indeterminados no âmbito de aplicação da lei não é recomendado, sendo certo que nessas hipóteses, caso ultrapassado o limite de taxatividade razoável, deve-se priorizar o reconhecimento da inconstitucionalidade da disposição legal.⁵²⁶

Da mesma forma, a alegação de que o direito penal econômico deveria ser tratado como direito de crise ou de emergência nos parece despropositada.

A intervenção penal na economia, desde que respeitados os preceitos constitucionais, é possível e recomendada no âmbito constitucional. Destarte, sua

⁵²⁴ Mesmo reconhecendo a impossibilidade de uma taxatividade absoluta, fundamenta o princípio da taxatividade não como mera previsibilidade do comportamento do Estado, mas como elemento de legitimidade democrática. Portanto, a exigência de taxatividade, bem como da legalidade em si, garante o respeito ao pluralismo e à participação de todos inerentes aos regimes democráticos. Nesse sentido, afasta a tutela de interesses meramente preventivos e a utilização de cláusulas gerais nos tipos, bem como admite remissões normativas apenas quando exista um parâmetro objetivo e claro para a sua interpretação. Todas essas limitações têm a preocupação de garantir uma função de garantia à intervenção penal. (GÓMEZ PAVÓN, Pilar Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 470)

⁵²⁵ Nesse sentido assevera Gabriel Adriasola que nos casos de tipos pouco taxativos *el criterio de interpretación restrictiva no parece suficiente para contener una verdadera criminalización jurisprudencial.* (ADRIASOLA, Gabriel. *Juez, legislador y principio de taxatividad*, In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología: Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje*, p. 1.074)

⁵²⁶ Essa constatação não impede, todavia, a utilidade da interpretação restritiva, desde que, mesmo através dela, não esteja o juiz, no lugar do legislador, a definir a conduta tipificada.

aplicação não tem caráter de exceção, sendo certo que somente deve ser utilizada quando absolutamente conciliável com o harmônico funcionamento das instituições e garantias individuais inerentes ao Estado Democrático de Direito.⁵²⁷

A adoção de medidas que venham implicar excessiva indeterminação do texto legal viola o princípio da legalidade e sua prerrogativa de taxatividade. Permite, ainda, espaço discricionário de interpretação ao aplicador da lei, que acaba definindo o que é ou não delito, usurpando função exclusiva do Poder Legislativo e, via de consequência, violando o princípio da separação dos poderes.⁵²⁸

Ademais, consoante ensina Manoel Pedro Pimentel, as medidas de relativização da noção de taxatividade da lei penal são ineficientes, uma vez que acabam implicando um ambiente de impunidade, até porque “se põe a perder todo o trabalho da Justiça Criminal por causa de leis mal feitas, cujas falhas ensejem os torneios de interpretações em que se empenham hábeis advogados, com justificado sucesso”.⁵²⁹

No mesmo diapasão, relativizar a noção de subsidiariedade e de fragmentariedade do direito penal não é solução compatível com o modelo garantista.

A noção de subsidiariedade do direito penal decorre do raciocínio de que, sendo o direito penal o instrumento mais grave do qual dispõe o Estado para intervir na vida dos indivíduos, seu corolário lógico é de que deve ser utilizado em último caso.

Já sua fragmentariedade estabelece que o direito penal somente atua com a afetação de certos bens jurídicos, por meio de determinadas formas de agressão, não de todos os bens jurídicos contra todas as formas de agressão. É consequência natural da conjugação da dignidade penal do bem e de lesividade da conduta.

⁵²⁷ Criticando uma visão do direito penal econômico sob uma perspectiva de emergência, cuja característica remonta aos estados totalitários, cf. CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al.* (Coord). *Direito penal econômico: análise contemporânea*, p. 25. Aliás, no Brasil, as hipóteses de exceção autorizadas da suspensão de garantias individuais estão previstas, expressamente, na Constituição, e a regulação penal da economia não está incluída nesse rol.

⁵²⁸ O próprio Tiedemann reconhece que a adoção deste modelo baseado em cláusulas gerais implica na relativização da função de taxatividade do princípio da legalidade. (TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*, p. 138)

⁵²⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*, p. 94.

O custo social da intervenção penal é sempre muito caro; trata-se do Estado atuando sobre a integridade física do indivíduo. Portanto, no modelo de direito penal mínimo, esse recurso somente deve ser utilizado em último caso e, mesmo assim, diante do mínimo de expectativa quanto à sua eficácia.

Além disso, a noção de *ultima ratio* do direito penal é um critério importante para reforçar todas as garantias a ele inerentes, ao estabelecer que, quando não for possível a sua conciliação com as premissas constitucionais, deve o Estado utilizar-se de outra forma de intervenção.

As noções de subsidiariedade, fragmentariedade e *ultima ratio* do direito penal são prerrogativas constitucionais que não podem ser mitigadas ou suprimidas. Aliás, com muito mais razão essas premissas devem ser observadas (e não relativizadas) no âmbito do direito penal econômico, já que nosso texto constitucional impõe um caráter de subsidiariedade à própria intervenção cível na economia.

Destarte, o direito penal econômico, orientado pelas políticas econômica e criminal adotadas pela Constituição, terá duplo caráter excepcional, já que engloba os limites constitucionais para intervenção cível na economia, bem como os limites próprios a toda e qualquer intervenção penal.

Apesar da impossibilidade constitucional da redação de tipos não taxativos, uma breve reflexão sobre a política legislativa brasileira demonstra que esse preceito constitucional irrenunciável tem sido ignorado, principalmente no âmbito dos delitos econômicos.

Podemos citar, a título de exemplo, nos crimes contra o meio ambiente, o art. 54 Lei n. 9.605/98, que diz:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.⁵³⁰

A expressão “níveis tais” carece de taxatividade mínima. Aliás, talvez a lei de crimes contra o meio ambiente seja a que mais contém dispositivos violadores do princípio da taxatividade.

⁵³⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 30 maio 2011.

Nesse sentido, o Professor Marcelo Leonardo sustenta que tal diploma legislativo fez tábula rasa da taxatividade penal, com o emprego excessivo de elementos normativos do tipo, normas penais em branco, conceitos imprecisos e fluídos.

O autor cita os exemplos dos arts: (i) 32, expressões “ato de abuso” e “recursos alternativos”; (ii) 40, expressão “dano indireto”, cuja falta de taxatividade é agravada pela previsão da modalidade culposa; (iii) 54, expressões “qualquer natureza”, “níveis tais” e “significativa”; e (iv) 68, expressão “obrigação de relevante interesse ambiental”.⁵³¹

Nos crimes contra as relações de consumo, a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) estabelece, em seu art. 65: “Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente: Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa”.⁵³²

Trata-se de norma penal em branco, tipo residual (de captura) e de reenvio, pois criminaliza toda e qualquer violação à “determinação de autoridade competente”.⁵³³

Da mesma forma, nos crimes falimentares, previstos na Lei n. 11.101/05, dispõe seu art. 168:

Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.⁵³⁴

⁵³¹ LEONARDO, Marcelo . *Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em direito penal*, p.156-167 No mesmo sentido, José Nabuco Filho, que acresce o exemplos da modalidade culposa do art. 49 (maltratar planta de ornamentação) (cf. NABUCO FILHO, José. Princípio constitucional da determinação taxativa e os delitos ambientais. *Boletim IBCCRIM*, p. 2-3. Em sentido favorável à relativização da noção de taxatividade nos delitos ambientais, cf. FREITAS, Gilberto Passo de; FREITAS, Vladmir Passo de. *Crimes contra a natureza: de acordo com a lei 9.605/98*, p. 35-38.

⁵³² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2011.

⁵³³ Sobre a falta de taxatividade mínima deste dispositivo, cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Crimes contra o consumidor*, p. 15.

⁵³⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 30 maio 2011.

A expressão “ato fraudulento” não se encontra definida, trazendo indeterminação e falta de taxatividade ao tipo.⁵³⁵

Todavia, exemplo evidente do desrespeito à noção de taxatividade recolhe-se da Lei n. 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro),⁵³⁶ mais especificamente em seus arts. 1º e 4º:

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I – a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II – a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.⁵³⁷

[...].

Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária:
Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.⁵³⁸

Da simples leitura do art. 1º, conclui-se tratar-se de conceito exageradamente amplo que, se aplicado literalmente, implicaria o reconhecimento da condição de instituição financeira a atos cotidianamente praticados por empresas e até por pessoas naturais, que não desempenham, na realidade, atividade de intermediação de recursos.

Esse conceito deve ser limitado no sentido de abranger como atividade financeira a intermediação de recursos de terceiros, cuja única e exclusiva finalidade

⁵³⁵ Sobre o tema, cf. BATISTA, Nilo. *Lições de direito penal falimentar*, p. 111-112.

⁵³⁶ Ressalte-se que a Lei n. 7.492/86 foi editada antes do texto constitucional de 1988. Destarte, sua leitura deve ser crítica para verificar quais pontos foram recepcionados pelo novo ordenamento constitucional. Da mesma forma, relevante o registro histórico de que a realidade econômica em que a referida lei foi editada, cujos reflexos são evidentes em todo o seu texto, era de crise e de instabilidade financeira. Além disso, o próprio modelo econômico brasileiro da década de 1980 era bastante diferente do adotado após a década de 1990, período em que política econômica foi a de mitigar práticas excessivamente protecionistas, passando a integrar um mercado competitivo global. Todos esses aspectos, econômicos e jurídicos, devem ser considerados pelo intérprete da lei.

⁵³⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm>. Acesso em: 30 maio 2011.

⁵³⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm>. Acesso em: 30 maio 2011.

seja a de ser emprestado novamente a tomadores com o objetivo de obter lucro. A instituição financeira não capta recursos para si, mas o faz para emprestar aos seus clientes, ganhando a diferença entre aquilo que paga a seus depositantes e o que cobra dos tomadores desses mesmos recursos (*spread*).

Da mesma forma, a menção legal à emissão de valores mobiliários, confunde os conceitos de mercado financeiro com mercado de capitais. A emissão de valores mobiliários (ações, por exemplo) seguida da aplicação dos recursos aferidos no desempenho do objeto social de uma companhia industrial não tem o condão de transformá-la em instituição financeira, como pretende sugerir o conceito legal. Nesses casos, inexistente a atividade de intermediação financeira.

Aumentando o problema quanto à amplitude do conceito, prevê o artigo, em seu parágrafo único e em seus incisos, a equiparação à instituição financeira da pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer outro tipo de poupança, ou recurso de terceiros, além das pessoas naturais que exerçam quaisquer das atividades referidas, ainda que de forma eventual. Tal dispositivo permite equiparar ao conceito de instituição financeira atos da vida cotidiana, demonstrando, portanto, a absoluta falta de razoabilidade da sua aplicação prática.⁵³⁹

A definição legal de instituição financeira prevista no art. 1.º da Lei n. 7.492/86 é exageradamente ampla, principalmente considerando seus efeitos para aplicação da lei penal.⁵⁴⁰

Esse desastroso conceito legal fica ainda mais perigoso quando conjugado com o tipo previsto no art. 4º, em que o legislador pretendeu tipificar a gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, sem sequer definir quais as condutas estão proibidas.

Tal como redigido (ou como não redigido), o referido art. 4º permite a criminalização de toda regulamentação administrativa do Banco Central do Brasil,

⁵³⁹ O conceito, tal como redigido, permite equiparar a instituição financeira a comissão de formatura de um grupo de alunos, por exemplo.

⁵⁴⁰ Sobre a amplitude do conceito, cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do colarinho-branco*, p. 63-67, e BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*, p. 11-12.

violando frontalmente o princípio da legalidade em sua premissa de reserva absoluta de lei e de taxatividade.⁵⁴¹

Trata-se, portanto, de tipo inconstitucional e, conseqüentemente, inválido, diante de indeterminação insanável.⁵⁴²

Situação ainda mais grave é do parágrafo único do art. 4º, no qual se pretende tipificar a conduta de gestão temerária. Nesse caso o legislador, além de não descrever a conduta típica de forma sequer razoável, acabou por criminalizar uma característica inerente à própria atividade financeira.⁵⁴³

A instituição financeira exerce atividade de intermediação que, pela sua própria natureza, é de risco (ou temerária). Na maioria das vezes, a captação dos recursos pela instituição financeira se dá mediante obrigação de devolução à vista (depósitos bancários) e suas operações ativas (seus créditos) consistem em operação a prazo (operações de empréstimo aos tomadores).

Dúvida não há de que quanto mais recursos uma instituição financeira capta, mais obrigações passivas ela assume e, por outro lado, mais matéria-prima (recursos financeiros) ela terá para ser remunerada; daí a afirmação jocosa, mas ao mesmo tempo elucidativa, de que quanto mais o banqueiro deve mais chances ele tem de ficar rico.

Destarte, não pode a lei penal se limitar a criminalizar o risco, mas haveria de tipificar o seu abuso indevido, já que somente assim haveria a lesão ou perigo concreto dessa em relação ao bem jurídico Sistema Financeiro Nacional.

⁵⁴¹ Nesse sentido, cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e princípio da legalidade*: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade, p. 230. A falta de taxatividade é tão evidente que a doutrina especializada diverge sobre diversos aspectos do tipo. Quanto ao fato de se tratar de delito de perigo abstrato e mera conduta, cf. PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*, p. 231. No mesmo sentido, Paulo José da Costa Júnior ressalta que a norma, tal como redigida, admite a punição, mesmo que a gestão seja bem-sucedida (cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do colarinho branco*, p. 79). Em sentido contrário, tratando-se de delito de perigo concreto, BITENCOURT Cezar Roberto; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico aplicado*, p. 152-157.

⁵⁴² Sobre a inconstitucionalidade do tipo, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*, p. 54-58. No mesmo sentido, SILVA, Paulo Cezar da. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: aspectos penais e processuais da lei 7.492/86*, p. 116-117. O tipo chega a ser utilizado pela doutrina internacional como exemplo clássico de falta de taxatividade. (Cf. ADRIASOLA, Gabriel. *Juez, legislador y principio de taxatividad*. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología: manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje*, p. 1.066)

⁵⁴³ Há dúvidas quanto ao elemento subjetivo se culposo ou doloso. Seguimos a orientação de Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda de tratar-se de delito doloso. (BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*, p. 67-69)

Para que o Sistema Financeiro desempenhe a sua relevante função no nosso modelo econômico, é primordial que os poupadores tenham confiança em depositar nas instituições financeiras seus recursos, gerando matéria-prima para o financiamento dos tomadores, cujos novos projetos geram novas riquezas, transformando os antigos tomadores em novos poupadores, que também confiam no sistema, e assim sucessivamente, criando-se um círculo virtuoso.

Quebrada a confiança, o sistema iria ao colapso, causando prejuízos a toda a coletividade, cuja recondução à esfera individual não encontraria qualquer questionamento. Assim toda e qualquer tipificação de delito contra o sistema financeiro, na qual estejam resguardadas as premissas de um direito penal garantista orientado pela legalidade, deve prever concretamente condutas capazes de abalar ou colocar em risco a confiança no sistema. Tal tarefa não foi desempenhada a contento pelo legislador quando da redação do art. 4º da Lei n. 7.492/86.

Enfim, a relativização de princípios e garantias fundamentais, notadamente do princípio da legalidade, encontra óbice dogmático intransponível no contexto constitucional.

A função de garantia do princípio da legalidade é essencial à criação do ambiente de segurança jurídica, premissa fundamental inerente ao Estado Democrático de Direito. Além disso, mitigar o princípio da legalidade não consiste em medida de política criminal eficiente. Tal relativização, ao permitir a arbitrariedade estatal, favorece à insegurança jurídica e contribui para o desenvolvimento de um ambiente propício à criminalidade.⁵⁴⁴

Assim, as dificuldades em adequar a intervenção penal aos critérios da taxatividade, bem como o reconhecimento de que esta deve ser analisada quanto ao seu grau e não em termos absolutos, não deve implicar o abandono do instituto.

Deve-se buscar um critério de taxatividade mínima, sobre o qual relembramos nossa sugestão de priorizar, na composição dos tipos, os elementos descritivos sobre os normativos e entre os normativos, aqueles de valoração jurídica.

⁵⁴⁴ Qualquer teoria que pretenda relativizar princípios e garantias fundamentais não pode ser admitida, já que “todas as vezes em que se tenta resolver um problema violando princípios e agindo à margem da lei, por melhores que sejam as intenções, acaba-se não resolvendo problema algum e, ainda, perdendo o controle sobre a excepcionalidade criada”. [MALHEIROS FILHO, Arnaldo. *Direito penal econômico e crimes de mero capricho*. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*, p. 84]

Caso, mesmo assim, não seja possível obter um texto legal que permita a compreensão dos seus elementos constitutivos, a solução é prescindir da intervenção penal diante da sua natureza de *ultima ratio*.

4.3 MODELOS ALTERNATIVOS DE INTERVENÇÃO

A intervenção penal no âmbito da economia é possível, desde que respeitadas as premissas constitucionais inerentes ao direito penal mínimo e garantista, notadamente o princípio da legalidade.

Entretanto, em razão de algumas características intrínsecas aos delitos econômicos, sua conciliação com os preceitos das garantias penais constitucionais se revela, em alguns casos, extremamente difícil.

Pretendendo solucionar esse impasse, podemos destacar duas correntes doutrinárias principais: (i) o direito penal de duas velocidades, defendido pelo Professor espanhol Jesús María Silva Sanches; e (ii) o direito de intervenção, sustentado por Winfried Hassemer.

Jesús María Silva Sanchez defende a criação de um direito penal de duas velocidades, mediante a setorização das regras da parte geral, renunciando-se à teoria do delito como teoria geral do ilícito penal.⁵⁴⁵

O autor espanhol, partindo de contexto social que está a demandar expansão do direito penal (dita sociedade de risco),⁵⁴⁶ admite a perda de rigor das garantias no próprio direito penal, sempre que o modelo sancionatório não for o de limitação ao exercício do direito à liberdade.⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ Segundo Silva Sanches entre as opções radicais de um indesejável direito penal amplo e flexível e de um direito penal mínimo e rígido, existe um ponto médio, obtido por meio da concepção de um direito penal de duas velocidades. (SILVA SANCHES, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 179)

⁵⁴⁶ Esse novo contexto social implica a política criminal contemporânea que está “progressivamente, abandonando aquela postura apoiada em considerações “de valor” (ou principiológicas), em privilégio de uma outra que releva apenas considerações de eficiência e utilidade social”. [FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*, p. 103]

⁵⁴⁷ O professor espanhol Jesús María Silva Sanchez ressalta as principais causas de expansão do direito penal como: (i) o surgimento de novos interesses e novos riscos; (ii) a institucionalização da insegurança e da sensação de insegurança, com a configuração de uma sociedade de “*sujeitos passivos*”; (iii) o descrédito da população nas outras esferas de proteção; e (iv) o efeito

Essa posição merece, a nosso sentir, três críticas principais. A *primeira* refere-se à defesa da existência de uma intervenção penal sem a possibilidade de aplicação de penas restritivas ao exercício do direito à liberdade. Essa posição não se justifica, por se tratar de intervenção meramente simbólica.

O que caracteriza o direito penal, bem como justifica todo o seu sistema especial de garantias, é justamente a possibilidade de aplicação das penas corporais. Todas as outras sanções podem ser aplicadas pelos demais ramos do direito, que exigem menos proteção e garantias. Pretender sustentar uma intervenção penal pelo seu mero caráter simbólico não parece ser uma política criminal inteligente.

Esse caráter mais estigmatizante do direito penal só existe em razão do senso comum, construído ao longo dos séculos, de que a responsabilidade penal decorre de fatos graves e, justamente por isso, implica em consequência também muito severa.

À medida que essa premissa se relativiza no âmbito legislativo, com a expansão do direito penal a lesões nem tão graves e, principalmente, com a imposição de sanções que não lhe sejam características, esse estigma penal tende a desaparecer.

A *segunda* crítica diz respeito à admissão de um direito penal com menos garantia, mesmo que limitado à não aplicação de penas restritivas ao exercício do direito à liberdade.

Há um enorme risco de que, ao se admitir a relativização de garantias fundamentais para aplicação da intervenção penal, essa exceção, inicialmente admitida para os casos em que não são aplicadas sanções corporais, possa “contaminar” o núcleo clássico do direito penal.

O estudo da tendência de expansão da intervenção penal nos últimos anos, bem como da relativização de princípios e garantias fundamentais, inclusive o princípio da legalidade, demonstra que essa ameaça é real. Sempre que não é imposto um limite rígido ao *jus puniendi*, sua tendência é sempre de se expandir.⁵⁴⁸

multiplicador desses fatores dentro de um contexto econômico cada vez mais globalizado e supranacional. (SILVA SANCHES, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p.11-74)

⁵⁴⁸ Os reflexos dessa tendência de expansão no direito penal moderno são vários. Nesse sentido, podemos destacar: (i) o processo de desmaterialização do bem jurídico; (ii) a criação de delitos de mera transgressão; (iii) as incriminações de perigo abstrato; (iv) a criação excessiva de tipos

Ainda como crítica ao direito penal de duas velocidades, mais especificamente quanto aos delitos econômicos, verifica-se que grande parte das normas penais atinentes à matéria continuam a prescrever penas restritivas ao exercício do direito à liberdade. Portanto, o direito penal econômico estaria integrado ao núcleo garantista do direito penal.⁵⁴⁹

Ademais, nossa Constituição veda um direito penal de duas velocidades, seja porque o traço distintivo principal da intervenção penal está na possibilidade de aplicação de sanções corporais, cuja exclusão implica um direito penal simbólico, seja porque a relativização de garantias é incompatível com qualquer intervenção penal.

Como alternativa à solução sugerida por Silva Sanches, sustenta o Professor Wilfried Hassemer o abandono do direito penal nos casos em que este for inconciliável com o absoluto respeito aos direitos e garantias individuais.

Nesses casos, defende o professor alemão a criação de um novo ramo do direito, que batiza de “direito de intervenção”.

O autor, partindo de perspectiva da Europa ocidental, asseverando que os conceitos sobre os aspectos empíricos da criminalidade são políticos e não científicos, sustenta que

a atual política criminal é totalmente diferente do que era há vinte anos atrás. O Direito Penal é incapaz de solucionar os modernos problemas da criminalidade, e nós temos que refletir a respeito de algo que seja melhor, mais eficaz, que seja capaz de solucionar esses problemas. Eu chamo isso de ‘Direito de Intervenção’.⁵⁵⁰

Ressalta o professor alemão a tendência da política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, uma vez que os instrumentos utilizados não são aptos a lutar contra a criminalidade real.

Sustenta uma inépcia do direito penal para esses casos. Destaca, portanto, a preocupação excessiva da política criminal moderna com o combate à criminalidade, olvidando o aspecto normativo do direito penal.

omissivos e culposos; e (v) o surgimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Todas essas consequências incompatíveis com as premissas de uma intervenção penal garantista. (MACHADO, Marta Rodrigues. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*, p. 102-154)

⁵⁴⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 352.

⁵⁵⁰ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista IBCRIM*, p. 41-51.

Critica Hassemer aqueles que defendem a relativização dos princípios constitucionais penais, já que pretendem criar um novo direito penal especial, com novas criminalizações e novas penas, mediante estratégias que são inconciliáveis com a parte geral, que continua a mesma.

Nesse contexto, de um antagonismo entre a parte especial e a parte geral, afirma que nos moldes atuais somente sofrem as consequências da intervenção penal, mesmo no âmbito criminalidade econômica, aqueles agentes menos graduados (“os peixes pequenos”).

Especificamente no que tange à taxatividade, sustenta que a exigência de uma linguagem clara dos tipos, apta a acompanhar a realidade, é tarefa muitas vezes impossível, diante do descompasso linguístico entre os conceitos econômicos e os penais.⁵⁵¹

Conclui que o direito penal clássico não está apto a combater a criminalidade moderna.⁵⁵² Para a atuação do Estado contra esse fenômeno, defende o autor que

é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação da liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. [...] Esse novo campo do direito estaria localizado entre o Direito Penal, Direito Administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo do Direito Civil, entre o campo do Direito Fiscal e utilizaria determinados elementos que o fariam eficiente.⁵⁵³

Na doutrina brasileira, o professor Miguel Reale Júnior sustenta posição similar.⁵⁵⁴ Afirma o professor paulista que

o Direito Penal deveria ter por fulcro a proteção de bens individuais, como a vida, a liberdade, a integridade física e a propriedade, sem se voltar para o campo da moderna criminalidade. Do contrário, a meu ver, arrebentar-se-á o Direito Penal, que se transforma em um instrumento insuficiente.⁵⁵⁵

⁵⁵¹ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista IBCRIM*, p. 41-51.

⁵⁵² HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista IBCRIM*, p. 41-51.

⁵⁵³ Esse novo ramo seria adequado para tutelar pessoas jurídicas, proteger o perigo (mesmo que abstrato), possuiria caráter preventivo, seria apto a tutelar os direitos coletivos. (Cf. HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista IBCRIM*, p. 41-51)

⁵⁵⁴ Não obstante o professor paulista critique o nome sugerido por Hassemer de direito de intervenção, já que na sua concepção todo ramo repressivo do direito é intervencionista.

⁵⁵⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 116-129.

Nessa linha, sugere a criação de um “Direito Administrativo-Penal”, que deve ser orientado por uma parte geral, na qual seriam previstas garantias e princípios ordenadores do conjunto normativo, e uma parte especial,

uma terceira via, que dote o ordenamento de um instrumento mais ágil que, sem deixar de atender a alguns princípios garantistas do Direito Penal, supere os óbices que toram este último ineficiente, fazendo atuar, por outro meio e de modo eficaz, os fins de prevenção e retribuição na defesa de bens jurídicos essenciais, fracamente protegidos pela lei penal, que se revela dispendiosa.⁵⁵⁶

Para nós, a solução mais adequada seria abandonar o direito penal sempre que sua utilização estiver incompatibilizada com o sistema de garantias. Não se pode abrir mão da teoria do delito como uma teoria geral.

Destarte, apesar de acreditarmos que pode o direito penal intervir em alguns casos da criminalidade moderna, principalmente no âmbito econômico, é fato que essa intervenção somente será possível nos casos em que for absolutamente conciliável com todos os princípios e garantias individuais, sem exceções ou relativizações. Do contrário, há o risco de a intervenção penal acabar por se aproximar justamente daquilo que é sua principal função evitar, ou seja, uma vingança desregrada, incondicional, ilimitada, informal e, sobretudo, irracional. Andrei Zenkner Schmidt sintetiza nosso pensamento:

Em suma: à ‘moderna criminalidade’ deve ser oposto um limite interventivo estribado harmonicamente em três premissas básicas de política criminal: Direito Social Máximo, Direito Administrativo Médio e Direito Penal Mínimo. O primeiro está isento de limites; o segundo está limitado imediatamente pelo primeiro e mediadamente pelo terceiro; o terceiro, imediatamente pelo primeiro e mediadamente pelo segundo. Uma política criminal humanitária determina que todo risco social seja combatido, inicialmente, com obrigações positivas de parte do Estado (saúde, trabalho, educação, sanitariedade, etc.). Sendo elas insuficientes, poderá o Estado intervir mediante o uso de um Direito Administrativo, sancionador ou não. Só no caso de as

⁵⁵⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 116-129. A parte geral adotaria a noção da legalidade, do elemento subjetivo (sob um prisma que objetivasse resolver o problema da prova), as hipóteses de responsabilidade solidária entre pessoa jurídica e seu administrador, as causas de justificação ou exclusão da culpabilidade, as hipóteses de erro e força maior, a questão referente à individualização da sanção, bem como as causas de exclusão da punibilidade e prescrição.

duas medidas anteriores não se revelarem efetivas é que estará autorizado o uso do Direito Penal, desde que respeitadas as garantias fundamentais do cidadão. Em qualquer caso, seja pelo 'Direito Interventivo', seja pelo Direito Penal, não deve o Estado valer-se de métodos criminosos de combate à criminalidade, já que estaria, a longo prazo, colocando em risco a própria confiança do povo no sistema jurídico. Com efeito, o Estado necessita de uma superioridade moral frente o delito, e não de reações inusitadas e emotivas (tais como a tortura, a exasperação de penas, a quebra da presunção de inocência, a violação da propriedade etc.), que, ao serem concretizadas, mais aproximam o povo da imoralidade do que o criminoso da virtuosidade.⁵⁵⁷

Na realidade de um Estado Democrático de Direito, portanto, deve o Estado, como ente abstrato, cuja função é servir aos cidadãos, atuar antes de intervir.

Ultrapassados os limites da atuação, a intervenção deve priorizar as formas menos gravosas, reservando a intervenção penal às lesões ou ameaças graves aos valores imprescindíveis a um contexto social que permita o desenvolvimento de uma vida digna de seus indivíduos.⁵⁵⁸

De uma forma ou de outra, o respeito aos preceitos do princípio da legalidade será prerrogativa insubstituível, até porque é por meio dele que o Estado se submete ao ambiente normativo, evitando autoritarismo e arbitrariedades.

⁵⁵⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 361.

⁵⁵⁸ Sobre a função do direito penal nesse contexto, "não é instrumento de governo para implementação de políticas públicas, não é mecanismo de prevenção de riscos, não é ferramenta para corrigir disfuncionalidades do sistema social, não é arma de combate ao crime. Com a nostalgia que marca o nosso trabalho, dizemos que ele impõe vetores impeditivos da criminalização, típicos das bases do movimento iluminista, a tornar então a punição penal uma verdadeira exceção no Estado de Direito Democrático, aplicável apenas naquelas situações em que bens jurídicos constitucionais sofram agressões de relevante monta, não eficazmente diluídas por outra espécie punitiva, desde que, para criminalização e conseqüente punição, sejam respeitados os princípios liberais do direito penal". (PELARIM, Evandro. *Bem jurídico penal: um debate sobre descriminalização*, p. 161)

CONCLUSÃO

01. A adoção do modelo de Estado Democrático de Direito implica o compromisso de uma organização estrutural cuja função é promover a dignidade humana de forma proativa.

02. O modelo de Estado Democrático de Direito consagra uma política criminal de direito penal mínimo, cujas premissas dogmáticas são consagradas na concepção garantista de Luigi Ferrajoli e, em alguns aspectos, pelo funcionalismo redutor de Raúl Eugenio Zaffaroni.

03. A noção de bem jurídico-penal, cuja função é limitar o poder de punir do Estado, deve refletir um valor constitucional fundamental, mesmo que implícito; portanto, adota-se a teoria constitucional mista.

04. A intervenção penal mínima requer, para sua legitimação material, vinculativa do próprio legislador, a descrição de uma conduta lesiva ou concretamente perigosa a um bem jurídico-penal.

05. O bem jurídico-penal deve constituir uma realidade pré-jurídica, e não uma entidade ideal e desmaterializada.

06. Quanto à titularidade dos bens jurídico-penais, adota-se a teoria monista pessoal que, não obstante admitir a existência de bens jurídicos supraindividuais, requer, para sua dignidade penal, a recondução da lesão ou do seu perigo concreto à esfera dos indivíduos, mesmo que coletivamente considerados.

07. A norma jurídica não pode ser justificada pela simples autoridade, mas deve estar fundamentada tanto em raízes axiológicas (representadas pelos princípios), quanto a aspectos formais de validade (representados pelas regras).

08. O princípio da legalidade vincula o Estado à ordem jurídica vigente, principalmente ao sistema de garantias fundamentais previsto constitucionalmente.

09. Os costumes não podem ser utilizados como fonte da sanção penal. Todavia, os costumes *contra legem* podem desempenhar o papel de deslegitimação da lei penal por carência de reconhecimento do contexto social. Já os costumes *praeter legem* podem complementar a legislação existente, mediante o reconhecimento de causas supralegais de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

10. A lei instituidora do delito e da pena, ou que a esta agrave, deve ser anterior ao fato que se pretende punir ou à pena que se pretende agravar. A avaliação da lei mais benéfica no tempo deve ser feita em concreto, com possibilidade de combinação de leis, de modo a extrair o maior benefício possível ao réu.

11. O postulado da lei estrita determina que a intervenção penal se dê mediante um diploma legal formal, bem como exige que o aplicador desse dispositivo esteja condicionado à sua subsunção ao caso concreto de forma restritiva. Estão vedadas a analogia *in malan partem* e a interpretação extensiva incriminadora, permitindo-se a analogia *in bonan partem* e a interpretação extensiva para beneficiar o réu.

12. A lei penal em branco, cujos termos precisam ser complementados por dispositivos de natureza infralegal (administrativos), viola a premissa da lei estrita e do princípio da separação dos poderes.

13. A premissa da legalidade também implica a prerrogativa de que a norma penal incriminadora deve ser determinada quanto ao seu conteúdo e à sua abrangência.

14. O legislador tem o dever de limitar o nível de indeterminação das normas às suas circunstâncias inevitáveis, representadas pelas deficiências naturais de toda linguagem, inclusive a jurídica. Os elementos normativos devem ser subsidiários aos descritivos, ter sua utilização limitada às hipóteses em que seus conceitos tenham um grau razoável de certeza, priorizando aqueles de valoração jurídica.

15. Nas hipóteses em que esse limite natural (e intransponível) da taxatividade implicar normas penais cujas elementares não possuam consenso mínimo, a melhor opção é prescindir da intervenção penal.

16. O direito penal somente poderá atuar quando a linguagem necessária para a elaboração de suas normas já estiver suficientemente evoluída e consolidada no âmbito extrapenal.

17. As normas, tanto de direito penal quanto de direito econômico, estão vinculadas formal e materialmente à Constituição, encontrando nela sua legitimação e limites.

18. A política econômica adotada pela nossa Constituição foi a de limitar a intervenção do Estado às hipóteses em que necessária ao funcionamento do modelo econômico adotado, que prioriza a liberdade de iniciativa sobre o dirigismo estatal.

19. A ordem econômica constitucional é um bem jurídico-penal categorial, todavia a intervenção penal na ordem econômica deve passar por uma dupla valoração de subsidiariedade, já que necessita estar legitimada tanto pela política econômica quanto pela política criminal adotadas na Constituição.

20. O direito penal econômico é uma forma de intervenção indireta do Estado na economia, cuja utilização somente será possível caso já se tenha demonstrado a ineficiência da intervenção cível e, mesmo assim, quando houver fundada expectativa de que a intervenção penal será eficiente para concretizar as finalidades da ordem econômica constitucional.

21. O direito penal econômico não possui autonomia científico-dogmática em relação ao direito penal comum; sua autonomia se limita àquela acadêmica.

22. O principal traço característico do direito penal econômico é sua legitimação em razão de interesses supraindividuais, que não podem prescindir de uma recondução à esfera pessoal dos indivíduos.

23. A relativização de princípios e garantias fundamentais no âmbito do direito penal econômico, notadamente do princípio da legalidade, encontra óbice dogmático intransponível no contexto constitucional.

24. Mitigar as garantias decorrentes do princípio da legalidade não consiste em medida de política criminal eficiente. Tal relativização, ao permitir a arbitrariedade estatal, favorece à insegurança jurídica e contribui para o desenvolvimento de um ambiente propício à criminalidade.

25. O princípio constitucional da legalidade material exige que a norma penal descreva uma conduta lesiva ou concretamente perigosa ao bem jurídico-penal, afastando a utilização de delitos de mera transgressão, de perigo abstrato ou de mera conduta. A um direito penal mínimo não cabe uma função exclusivamente preventiva.

26. A utilização dessas técnicas legislativas no âmbito dos delitos econômicos deve implicar sua interpretação conforme a Constituição ou, quando inevitável, o reconhecimento de sua invalidade por vício constitucional.

27. A utilização de normas penais em branco ou de técnicas remissivas, além dos vícios constitucionais já referidos, deve ser evitada, uma vez que implica uma legislação menos clara e taxativa.

28. As dificuldades em adequar a intervenção penal aos critérios da taxatividade não devem implicar o abandono do instituto, mas, ao contrário, sua renovação.

29. Não se pode abrir mão da teoria do delito como uma teoria geral. Pode o direito penal intervir em alguns casos da criminalidade moderna, desde que seja absolutamente conciliável com todos os princípios e garantias individuais, sem exceções ou relativizações.

30. Caso impossível a conciliação entre a intervenção penal e as garantias constitucionais decorrentes do princípio da legalidade, deve o Estado utilizar meios alternativos de regulação das atividades econômicas, tais como o direito de intervenção ou direito administrativo sancionador.

REFERÊNCIAS

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. A. El principio de certeza en las leyes penales en blanco: especial referencia a los delitos económicos. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 9, p.13-34, 1999.

ADRIASOLA, Gabriel. Juez, legislador y principio de taxatividad emn la construcción del tipo penal. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología: Mmanuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

AFTALIÓN, Enrique R. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959 *apud* PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANDREUCCI, Ricardo. Direito penal administrativo e ilícito fiscal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 417, jul. 1970 *apud* FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La administrativización de la corección estatal desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2006.

ANDREUCCI, Ricardo. Direito penal administrativo e ilícito fiscal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 417, jul. 1970 *apud* REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

ANGIONI, Francesco. Contenido e funzioni del concetto di bene giuridico. Milano: Giuffrè, 1983 (Racolta di studi di diritto penale, v. 32) *apud* SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 15. ed. edizione aggiornata e integrata. Milano: Giuffré, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 22. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1983.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial. Madrid: Civitas, 1978 *apud* CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GVLaw.

BALCARCE, Fabian I. *Derecho penal económico*. Córdoba: Mediterrânea, 2003. t. I.

BATISTA, Nilo. Bases constitucionais do princípio da reserva legal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 54-60, jan./jul. 1983.

BATISTA, Nilo. *Lições de direito penal falimentar*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 149 p.

BELING, Ernest Von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del tipo*. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944 *apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BELING, Ernest Von. La doctrina del delito-tipo. Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944 *apud* JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1951, v. 3. VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BINDING, Carlo. *Compendio di diritto penale*. Prefácio, notas e trad. da 8. ed. alemã por Adelmo Borettini. Roma: Atheneaeum, 1927, p. 116 *apud* DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 212-232, jul./ago. 2007.

BINDING, Karl. *Compendio di diritto penale: parte generale* 8. ed, Milano, 1994, p. 198 *apud* SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*, p. 29

BINDING, Karl. *Die normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*. Bd. I (Normen und Strafgesetze). 2. Aufl. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1890 *apud* SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BINDING, Karl. *Handbuch des Strafrechts*. Leipzig, 1885. t. 1 *apud* VEGA, Dulce María Santana. *El cocepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: AD HOC SRL, 2000.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Traducción directa del alemán y estudio preliminar por José Luiz Guzman Dalbora. Montevideo: B de F, 2010.

BITENCOURT, César Roberto. *Manual de direito penal*, t. I, p. 192, *apud* LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 *apud* SCHMIDT, Adrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto; SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 3. ed. Brasília, Ed. UnB, 1991 *apud* TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2006.

BOTTKE. *Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto*. Madrid: L. H. Tiedemann, 1995, p. 637 *apud* CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GVLaw.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 fev. 2011.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em: 27 fev. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 22 fev. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n.4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 09 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 30 jun. 2011.

BRASIL. *Legislação histórica*: Constituições anteriores. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-anteriores-1#content>. Acesso em: 21 fev. 2011.

BRASIL. *Legislação histórica*. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica#content>. Acesso em: 21 fev. 2011.

BRASIL. Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 27 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp95.htm. Acesso em: 27 fev. 2011.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 9 fev. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 25 fev. 2011.

BRASIL. Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 9 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6385.htm>. Acesso em: 27 fev. 2011.

BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 18 jun. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm>. Acesso em: 28 maio 2011.

BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 13 jun. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 22 fev. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 fev. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 28 dez. 1990. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1990/8137.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2011.

BRASIL. Lei n. 8176, de 8 de fevereiro de 1991. Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 13 fev. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8176.htm>. Acesso em: 25 fev. 2011.

BRASIL. Lei n. 8212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 26 fev. 2011.

BRASIL. Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 22 jun. 1993. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 25 fev. 2011.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 13 fev 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 28 maio 2011.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 28 maio 2011

BRASIL. Lei n. 9964, de 10 de abril de 2000. Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis e dá outras providências, e altera as Leis n. 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 11 abr. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9964.htm>. Acesso em: 25 fev. 2011.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. *RHC* n. 8.198-GO, 6ª. Turma. Rel. Ministro Fernando Gonçalves. Requerente: Ministério Público do Estado de Goiás. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Paciente: Cleber de Souza Batista. *DJ* 1º jul. 1999. Voto vencido: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2007.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. Penal. Crime contra o sistema financeiro. Entidade fechada de previdência privada. Equiparação a instituição financeira. Art. 1º, par. único, i da lei 7.492/86. Trancamento da ação penal. Ordem denegada. *Habeas Corpus* n. 64.100 (2006/0171387-6). Impetrante: Banco do Brasil. Impetrado: Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª região. Paciente: Derci Alcântara. Relator: Ministro Napoleão Nunes Braga Filho. Brasília, 23 de agosto de 2007. *Revista Eletrônica da Jurisprudência*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601713876&dt_publicacao=10/09/2007ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3345326&sReg=200601713876&sData=20070910&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 25 fev. 2011

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Conflito de Competência. Crime contra o sistema financeiro nacional. Administradora de consórcio. Instituição financeira por equiparação. Sócio-gerente. Relação entre particulares. Recente jurisprudência da terceira seção desta corte. Garantia da solvência da instituição e

credibilidade dos agentes do sistema. Competência da Justiça Federal. Conflito de Competência n. 39.352 (2003/0098933-0). Autor: Justiça Pública. Réu: Domingos Martins Andorfato. Réu: Clarice Guelfi Martin Andorfato. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 10 nov. 2004. *Revista Eletrônica da Jurisprudência*.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Penal. *Habeas Corpus*. Cooperativa de crédito. Crimes contra o sistema financeiro nacional em concurso com outros delitos conexos. Instituição financeira por equiparação. Competência da justiça federal. Súmula 122/stj. Ordem parcialmente concedida. *Habeas Corpus* n. 45.905 (2005/0117944-8). Impetrante: Maurício Vasconcelos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Pacientes: Agostinho Alves Sobrinho e Paulo Rocha Barra. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 5 de agosto de 2008. *Revista Eletrônica da Jurisprudência*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501179448&dt_publicacao=22/09/2008https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4194842&sReg=200501179448&sData=20080922&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 25 fev. 2011.

BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Conflito de Competência. Sociedade em conta de participação. Atividade material de administração de grupos de consórcio. Falta de autorização legal. Crime contra o sistema financeiro nacional. Instituição financeira por equiparação. Recente jurisprudência da terceira seção desta corte. Garantia da solvência da instituição e credibilidade dos agentes do sistema. Competência da Justiça Federal. Conflito de Competência n. 41.915 (2004/0040525-4). Autor: Justiça Pública. Réu: Cláudio Aparecido Ribeiro. Réu: Silmara Esperancin Ribeiro. Réu: Rogério de Almeida Silva. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 13 de dezembro de 2004. *Revista Eletrônica da Jurisprudência*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400405254&dt_publicacao=01/02/2005>. Acesso em: 25 fev. 2011

BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Conflito de Competência. Agravo regimental. Revisão da decisão monocrática. Crime contra o sistema financeiro nacional. Administradora de consórcio. Instituição financeira por equiparação. Sócio-gerente. Relação entre particulares. Recente jurisprudência da terceira seção desta corte. Garantia da solvência da instituição e credibilidade dos agentes do sistema. Competência da Justiça Federal. Conflito de Competência n. 37.217 (2002/0102195-5). Autor: Justiça Pública. Réu: Domingos Martin Andorfato. Réu: João Martins Andorfato. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 10 de novembro de 2004. *Revista Eletrônica da Jurisprudência*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200201021955&dt_publicacao=17/12/2004> . Acesso em 25 fev. 2011.

BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Conflito de Competência. Crime contra o sistema financeiro nacional. Administradora de consórcio. Instituição financeira por equiparação. Sócio-gerente. Relação entre particulares. Recente

jurisprudência da terceira seção desta corte. Garantia da solvência da instituição e credibilidade dos agentes do sistema. Competência da Justiça Federal. Conflito de Competência n. 39.352 (2003/0098933-0). Autor: Justiça Pública. Réu: Domingos Martins Andorfato. Réu: Clarice Guelfi Martin Andorfato. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 10 de novembro de 2004. *Revista Eletrônica da Jurisprudência*. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300989330&dt_publicacao=17/12/2004https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1569296&sReg=200300989330&sData=20041217&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 fev. 2011.

BRICOLA, Franco. Teoría generale del reato. In: NOVISSIMO Digesto Italiano. Turim: Utet, 1973. v. 19 *apud* SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. A tutela penal da ordem econômica. *O Sino de Samuel*, Belo Horizonte, ano XIV, n. 94, ago./dez. 2007.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento de dever legal*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. 1, t. 1 *apud* PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1, t. 1, t. 1 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BURELLI, Paolo. *Diritto penale dell'economia*. Napoli: Tesitore, 1976 *apud* CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GVLaw.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. contributo para a compreensão das normas constitucionais. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARRARA, Francesco. *Programma de derecho criminal: parte general*. Traducción de la 5ª y 7ª ed. de Firenze por José J. Ortega Torres y Jorge Guerreiro. Buenos Aires: Temis, 1972. v. I: Prolegómenos *apud* FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La administrativización de la corecion estatal desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2006.

CARRARA, Francesco. *Programma de derecho criminal: parte general*. Traducción de la 5. y 7. ed. de Firenze por José J. Ortega Torres y Jorge Guerreiro. Buenos Aires: Temis, 1972, v. I: Prolegómenos *apud* FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La administrativización de la corecion estatal desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2006.

CARRARA, Francesco. *Programma*. 10. Ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1907. v. 1. *apud* SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CERVINI, Raúl. Derecho penal econômico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009, Série GVLaw.

CERVINI, Raúl. Derecho penal econômico: concepto y bien jurídico. *IBCCRIM*, São Paulo, n. 43, p. 50-79, abr./jun. 2003.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COSTA JR. Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA JR., Paulo José; COSTA, Fernando José da. *Crimes contra o consumidor*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA JÚNIOR, Heitor. Teoria dos delitos culposos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1988 *apud* TAVARES Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995 (Estudos e Monografia) *apud* SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979. 141 p.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

DEL ROSAL, Juan. *Tratado de derecho penal español*. Madrid: Aguirre, 1968, v. 1 *apud* PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

DELLIS, George. *Droit pénal et droit administratif: l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. Paris: LGDJ, 1997 *apud* REALE JÚNIOR, Miguel. Dessepenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 212-232, jul./ago. 2007.

DELMANTO, Celso. *Código penal anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, Tradução de J. F. Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, v. 2, 1994, p. 165-172 *apud* SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 1989.

FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La administrativización de la coerción estatal desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2006.

FELIPPE, Marcio Sotelo. Linguagem e tipicidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p.105-109, out./dez. 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Diaz Martins. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. *O Estado de S. Paulo*, p. 50, 4 jun. 1989 *apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995. 2 v. *apud* TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado onipresente. *Folha de S. Paulo*, p. A-3, 10 dez. 1987 *apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado onipresente. *Folha de S. Paulo*, p. A-3, 10 dez. 1987 *apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Apresentação. In: GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*. 2006. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14. ed. alemana por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. 368 p.

FIADANCA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Caratteristiche e funzione del diritto penale. In: _____. *Diritto penale*. 5. ed. Bologna: Zanichelli, 2008. cap. 1, p. 3-28.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCRIM, 2008.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 408 p.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Lições de direito constitucional e teoria geral do Estado*. Belo Horizonte: Lê, 1991.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. *Aulas de teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio Heleno. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: Bushatsky, 1976 *apud* TAVARES Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985 *apud* PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: Bushatsky, 1983 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; COSTA, Carla Regina Clark da. *O estado democrático de direito e o processo constitucional*. Disponível em: <<http://www.lagm.org.br/lerpublicacao.php?publicacao=106>> Acesso em: 28 jul. 2010.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: de acordo com a Lei 9.605/98*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRISH, Wolfgang. An den Grenzen des Strafrechts. In: KÜPER; WELP (Ed.). *Festschrift für Stree und Wessels*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993 *apud* GRECO, Luís.

Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, 2004.

FRONTINI, Paulo Salvador. Crime econômico por meio da empresa: relevância da omissão causal. *Revista de Direito Mercantil*, ano XI, v. 5 *apud* PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Curso de direito penal tributário brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

GALLINO, Rafael Miranda. *Delitos contra el orden econômico*. Buenos Aires: Pannedille, 1970 *apud* PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952 (4. ed. 1978, v. 1, t. 1) *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 6, n. 23, p.153-178, jul./dez. 2006.

GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*. 2006. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

GOLDSCHMIDT, James; ANDERS, Gorg. Deslinde entre los delitos administrativos y los criminales y aplicación de las normas generales del derecho penal al delito administrativo. Traducción de Margarita Goldschmidt y Luis F. Martinez Gavier. In: MARTÍNEZ PAZ, Enrique (Dir.). El derecho penal administrativo: contribuciones para su estudio. *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, série A-N. 5, año X, n. 13, p. 35-76, 1946 *apud* FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La administrativización de la corección estatal desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Limites do “ius puniendi” e base principiológicas do garantismo penal*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070410101353547> Acesso em: 10 maio 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Os tratados internacionais podem definir delitos e penas?* Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10506>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. Cuestiones actuales del derecho penal econômico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2ª época, n. extraordinário, p. 425-470, mar. 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HASSEMER, Winfried. *Críticas al derecho penal de hoy*. Tradução de Patricia Ziffer. 2. ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, set./dez. 1991.

HASSEMER, Winfried. Limites do estado de direito contra a criminalidade organizada. *Revista IBCRIM*, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 25-30, jul./set. 1998.

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. In: _____. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, ano 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para la teoría de la imputación en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde y Maria del Maz Días Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista IBCRIM*, São Paulo, n. 2, p. 41-51, out./dez. 1994.

HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Heymanns, 2002 *apud* GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, 2004.

HEINZ. System und Gliederung der Wirtschaftsstraftaten im deutschen Recht. In: ESER/KAISER (Edit.). *Strafvollstreckungsrecht*, 1995 *apud* TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general* Lima: Grijley, 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria: forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline. *O sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karan. Niterói: Luan, 1993.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1955. v. 1, t. 1 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, p. 58 *apud* REALE JÚNIOR, Miguel. Desepenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 1, t. 1 *apud* SCHMIDT, Adrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução de Joaquim Cuello Contreas e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. Original alemão.

JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *ZStW*, n. 97, p. 751, 1985 *apud* GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, 2004.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JALIL, Mauricio Schaun. *Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

JIMEÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, t. I *apud* PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1977, t. 3: El delito *apud* FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La administrativización de la corección estatal desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2006.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1951, v. 3 *apud* do VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JOURNAL DÊS TRIBUNAUX, 1967, v. IV, p. 130-132 *et seq. apud* TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009.

KALIL, José Arthur di Spirito. *Do crime impossível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LENKNER. Wertauffüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz, "nullum crimen sine lege". *Jus*, 1968 *apud* ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remsal. 3. ed. Madrid: Civitas, 2003 t. 1: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito.

LEONARDO, Marcelo. Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, p.153-167, jan./mar. 2002.

LIZT, Franz Von. *La teoria dello scopo nel diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1962 *apud* PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre os governos*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes: a teoria dos valores constitucionais e a indicação do conteúdo material dos tipos penais*. 1999. 877 f. Tese (Livre-docência em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, 1999.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de direito penal tributário*. São Paulo: Atlas, 2002 *apud* MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Omissão de rendimentos presumidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.15, p. 217-230, jul./set. 1996.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCRIM, 2005.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime da formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Crimes contra o sistema financeiro: as “Triangulações” e a “Doutrina da Estrada de Santos”. *Revista do Advogado: atualidades em direito penal* n. 53, p. 35, out. 1998.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GVLaw.

MAMAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thomson, 2005.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Turim: UTET, 1948. v. 1 *apud* PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Turim: UTET, 1948, v. 1 *apud* PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1964, v. 1 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. I *apud* SCHMIDT, Adrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 3. ed. Brasília, Ed. UnB, 1991, p. 1.201 *apud* TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

MATUTE, Javier Dondé. *Principio da legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*. 2. ed. México: Porrúa, 2010.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD. *Strafrecht BT*. 9. ed. v. 1, 2003 *apud* TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955; *apud* LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Tradução de José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955 *apud* VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Traducción y notas de J. A. Rodríguez Muñoz, 1946, v. 1 *apud* VEGA, Dulce María Santana. *El cocepto de ley penal en blanco* Buenos Aires: Ad hoc SRL, 2000.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*., Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. t. I, p. 403 *apud* GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*. 2006. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 71-72.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores).

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, p. 43 *apud* LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tiran lo Blanch, 1996 *apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MUÑOZ CONDE; GARCIA ARIÁN. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. *apud* TAVARES Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NABUCO FILHO, José. O princípio constitucional da determinação taxativa e os delitos ambientais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 9, n. 104, p. 2-3, jul. 2001.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1 *apud* PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

NUVOLONE. La legge di depenalizzazione, Turim: Utet, 1984 *apud* REALE JÚNIOR, Miguel. Desepenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

OTTO, Harro. Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand. In: STRAFRECHTSDOGMATIK und Kriminalpolitik (obra coletiva). Köln: Carl H. Verlag, 1971 *apud* CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Direito penal económico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GVLaw.

PACELLI, Eugênio. Apresentação. In: JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PALAZZO, Francesco C. Bene giuridico e tipi di sanzioni. *L'Indice Penale*, anno XXVI, n. 2, mag./ago. 1992.

PALAZZO, Francesco C. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*. Padova: Cedam, 1979.

PALAZZO, Francesco. Estado constitucional de derecho y derecho penal: consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994. *Revista Penal*, Barcelona, n. 2, p. 49-60, 1994.

PALAZZO, Francesco. La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y El concepto de la regla iuris. *Revista Penal*, Barcelona, n. 25, p. 104-116, jan. 2010.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PEDRAZZI, C. *et al. Manuale di diritto penale dell'impresa*. 2. ed. Bologna: Monduzzi, 2000.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PEREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na lei 9503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el derecho penal*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1974 *apud* SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as*

obrigações tributárias na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PROPATO, Daniel. *Sanzioni amministrative e depenalizzazione di delitti e contravvenzione*. Florença: Edizioni Lauro Robuffo, 1983 *apud* REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 149 p.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 281 p.

REALE, Miguel. Constituição e economia. *O Estado de S. Paulo*, p. 3, 24 jan. 89 *apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

REALE, Miguel. Inconstitucionalidade de congelamentos. *Folha de S. Paulo*, p. A3, 19 out. 1988 *apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

REALE, Miguel. O Estado no Brasil. *Folha de S. Paulo*, p. A.3, 19 set. 1989 *apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

RIGGI, Eduardo Javier. *Interpretación y ley penal: un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*. Barcelona: Atelier, 2010.

ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Montevideo: B de F, 2005, p. 584 *apud* GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*. 2006. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

RODRIGUEZ ESTEVEZ, Juan María. *El derecho penal en la actividad económica*. Buenos Aires: Ábaco, 2000 *apud* BALCARCE, Fabian I. *Derecho penal económico*. Córdoba: Mediterrânea, 2003. t. I.

RODRIGUEZ MOURULLO. El bien jurídico protegido en los delitos societários con especial referencia a la administración desleal. In: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.). *La administración desleal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999 *apud* CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Derecho penal económico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GVLaw.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ensaio sobre a origem das línguas; discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; discurso sobre as ciências e as artes*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remsal. 3. ed. Madrid: Civitas, 2003. t. 1: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito *apud* TAVARES Juarez. *Teoría do crime culposo*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. Política criminal y dogmática jurídico-penal en la actualidad. Traducción de Carmem Gómez Riviero. In: _____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000 *apud*

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, 2004.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, 1975 *apud* GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*. 2006. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010.

SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2002 p. 86 p. 277 *apud* TAVARES Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHULTZ, H. *Allgemeine Aspekte der Wirtschaftskriminalität*. Zürich, 1970/1971. *apud* TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation de Deutschen*. Strafrechtswissenschaft. G.A, 1994 *apud* GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, 2004.

SEEL. *Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale und der Grundsatz nullum crimen sine lege* (Art. 103 II GG), tes. doct. München, 1965 *apud* ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução der Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz

y García Conlledo e Javier de Vicente Remsal. 3. ed. Madrid: Civitas, 2003 t. 1: Fundamentos: la estructura de la teoría del delito p. 171.

SICA, Leonardo. *A tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro: comparação entre as leis 8.137/90 e 8.884/94*. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GVLaw.

SICA, Leonardo. Caráter simbólico da intervenção penal da ordem econômica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 2, p.105-116, jul./dez. 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Juary C. *Elementos de direito penal tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, Paulo Cezar da. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: aspectos penais e processuais da lei 7.492/86*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SMITH, Adams. Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações, ed. Porto, 1981, v. 2 *apud* FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOLER, Sebastián, Las palabras de la ley. México: Fondo de Cultura Económica, 1969 *apud* CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino: parte general*. 5. ed. act. por Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Tea, 1994, t. I *apud* FAZZIO, Juan Martín Cagni. *La administrativización de la corección estatal desde una perspectiva de reducción del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2006.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *O direito privado na ordem constitucional*. Conferência na Associação dos Advogados de São Paulo, 15 maio 1989 *apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUAREZ GONZALEZ, Carlos. Sobre la tipificación del delito contabel en el derecho español. In: MAZUELOS COELHO, Julio (Comp.) *Derecho penal económico y de la empresa: concepto sistema y política criminal*. Lima: Editorial San Marcos, 1996 *apud* CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Dereito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GVLaw.

SUTHERLAND, Edwin H. Is "white collar crime" crime? *American Sociological Review*, Annual Meeting Papers (Apr., 1945), Washington, DC, v. 10, n. 2, 132-139, 1944.

SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. *American Sociological Review*, n. 5, 1940. Disponível em: <<http://www.sjsu.edu/faculty/hart/PDF%20upload/White-Collar%20Criminality.pdf>> Acesso em: 26 fev. 2011.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

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

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 0, n. 0, p. 74-87, 1992.

TAVARES, Juarez. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudência. *Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales*, Madrid, v. 40, n. 3, p. 753-769, set./dez. 1987.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995, *apud* BALCARCE, Fabian I. *Derecho penal económico*. Córdoba: Mediterrânea, 2003. t. I.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. Lima: Grijley, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Tradução de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico. *Nuevo Pensamento Penal*, Buenos Aires, año 4, n. 8, 1975, p. 465 *apud* CERVINI, Raúl. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. *IBCCRIM*, n. 43, p.104, abr./jun. 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1 *apud* PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VEGA, Dulce Maria Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: AD HOC SRL, 2000.

VIDIGAL, Geraldo. A ordem econômica. In: _____. *A Constituição brasileira de 1988: interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998 *apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público, direito privado: sob o prisma das relações jurídicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VOLK, Klaus. Diritto penale ed economia. *Rivista Diritto Penale Dell'Economia*, Padova, v. XI, n. 2-3, 1998 *apud* CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GVLaw.

WALD, Arnold. Da interpretação da Lei 7.492/86 e das suas eventuais conseqüências em relação às operações das empresas de arrendamento mercantil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 713, p. 53-79, mar. 1995.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. 11. ed. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 *apud* LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

WERGET, Samuel. El concepto de delito económico para las ciencias penales. *Cuadernos de Ciencias Penales de Guatemala*, Guatemala, 1972 *apud* CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GVLaw.

WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Domatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999 *apud* GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista IBCRIM*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002 *apud* TAVARES Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.