

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

**DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL
COMO EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO NO BRASIL**

Belo Horizonte

2016

Amanda Bastos Alves

**DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL
COMO EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO NO BRASIL**

Dissertação de Mestrado apresentada pela bacharela em Direito AMANDA BASTOS ALVES ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Área de Estudo: Direito Penal Contemporâneo.

Orientador: Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt.

Belo Horizonte

2016

Alves, Amanda Bastos

A474d Dos crimes contra o sistema financeiro nacional como expressão
do direito penal simbólico no Brasil / Amanda Bastos Alves. - 2016.

Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Brasil. [Lei n. 7.492 de 16 de junho de 1986] 2. Direito penal -
Teses 3. Instituições financeiras – Brasil 4. Direito penal econômico
5. Crime do colarinho branco – Legislação – Brasil I.Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 343.35(81)

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Juliana Moreira Pinto CRB 6/1178

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação

A Dissertação intitulada “Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional como expressão do direito penal simbólico no Brasil”, de autoria de Amanda Bastos Alves, foi considerada _____ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Professor Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt
(FDUFMG – Orientador)

Professor Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares
(UERJ)

Professor Dr. Thomas da Rosa de Bustamante
(FDUFMG)

Professor Dr. Leonardo Isaac Yarochevsky
(PUC-MG)

Belo Horizonte, 28 de julho de 2016.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus e ao Universo, que antes e acima de tudo me deram as dádivas da vida, da liberdade e do pensamento.

Em seguida, expresso minha verdadeira gratidão ao povo brasileiro, que custeia a Universidade Pública com seus impostos e vem fomentando, há muitos anos, a minha formação. Asseguro meu compromisso de buscar, com este estudo, a verdadeira Justiça, em benefício de todos.

Sou grata também, de maneira muito especial, a cada um dos grandes mestres que fizeram e ainda fazem parte da minha jornada. Ao eterno mestre e grande amigo Juarez Tavares, ao querido Luís Greco, ao inspirador Rubens Casara, ao revolucionário Leonardo Yarochevsky por me agradecerem com ótimos textos e por provocarem minha crítica, incentivando uma verdadeira luta pela Justiça e pela Democracia.

Agradeço também àqueles que, embora eu não tenha conhecido pessoalmente, foram fundamentais para despertar reflexões fundamentais na minha caminhada, tocando minha mente e meu coração em favor de uma luta por *“algo melhor que o direito penal”*, em especial Eugénio Raúl Zaffaroni, Winfried Hassemer e Alessandro Baratta.

Agradeço ao meu estimado orientador de mestrado, Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt, pela extrema paciência e profissionalismo com que exerceu sua orientação, sempre contribuindo para meu laborioso crescimento. E reconheço, igualmente, sua grandeza em sala de aula, conduzindo-me, de forma estimulante, no estágio de docência, a conquistar o interesse e incitar a busca pelo conhecimento nos alunos de graduação.

Imprescindível agradecer, também, àqueles amigos que fiz ao longo do mestrado, Flávia Siqueira, Tatiana Badaró, Victor César Rodrigues, Rodrigo Iennaco, amigos queridos do BBL, abolicionistas, antipenalistas, amigos da escola de verão de Cuba, da Tor Vergata e tantos outros, que foram fundamentais para o diálogo acadêmico, para minha orientação política, para minha identificação com o abolicionismo, com o feminismo e com a esquerda. São grandes jovens, comprometidos com a construção de uma sociedade mais justa, que tenho o prazer de chamar amigos e que pretendo levar para toda a vida.

Aos grandes e antigos amigos, que não me abandonaram em razão das minhas ausências e que sei que torceram pelo meu êxito: obrigada. Existe vida além da Academia e a minha tem mais sentido por contar com a amizade de vocês.

Ao Gabriel, obrigada pelo carinho e cuidado, em especial nos últimos e difíceis meses desta jornada.

Por fim, agradeço àqueles que sustentam todos os demais agradecimentos. Trata-se da minha raiz, base emocional e amor genuíno em tempo integral: minha família. Minha mãe Edna, meu pai Whevel e meu irmão Arthur. São eles que me permitem permanecer viva e confiante, em cada uma das minhas conquistas e em cada um dos meus erros. Todo meu amor e sincera gratidão a vocês três.

“Fora de controle, as forças do poder punitivo praticam um massacre, um genocídio. O Direito Penal é indispensável à persistência do Estado de Direito, que não é feito uma vez e está pronto para sempre. Há uma luta permanente com o poder.” (Eugenio Raúl Zaffaroni).

“Independentemente dos argumentos em favor da proteção das bases econômicas e financeiras para a consolidação de um Estado democrático, que parece constituir o fundamento comum, invocado por todos aqueles que buscam esclarecer o alcance dos dispositivos da Lei 7.492/86, a questão que deve ser colocada é se, efetivamente, será possível obter-se uma estabilidade dessa base econômico-financeira mediante o uso de um instrumento repressivo, rotulador e, em princípio, irracional, que é o sistema punitivo criminal” (Juarez Tavares).

RESUMO

A crise de legitimidade das funções instrumentais do sistema punitivo criminal é o ponto central das discussões críticas sobre o direito penal moderno. Trata-se de um instrumento repressivo, rotulador, irracional e ineficiente, incapaz de solucionar as complexas questões sociais a que se propõe tutelar. Uma dessas esferas controversas de tutela penal, no âmbito do direito brasileiro, é o Sistema Financeiro Nacional. Os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, positivados na Lei nº 7.492/86, foram criados em meio a um contexto político-criminal de criminalização de riscos, carregando consigo o discurso de estabilização da base econômico-financeira. Entretanto, faz-se necessário questionar a consonância da referida lei penal com os pressupostos de incriminação e com o alegado propósito de proteção de bem jurídico penal. A dissertação se preocupa, portanto, em analisar os tipos penais instituídos pela Lei nº 7.492/86, desvendando o caráter simbólico das normas penais e sua relação com uma tendência de expansão da legislação penal orientada à gestão de riscos e à administrativização do direito penal. Como será demonstrado, parte destes dispositivos legais em realidade tutelam meras funções e outros referem-se a bens jurídicos, mas sua efetiva função preventiva é tão baixa, que se pode afirmar que são verdadeira expressão do direito penal simbólico no Brasil. Por fim, serão igualmente examinadas as propostas alternativas de contenção deste movimento de expansão irracional e simbólica do direito penal contemporâneo.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Limites ao poder punitivo. Direito Penal simbólico. Bem jurídico penal. Direito Penal Econômico. Sistema Financeiro Nacional. Lei nº 7.492/1986.

ABSTRACT

The crises on the legitimacy of the instrumental functions of the criminal system is the central point of the discussions about the modern criminal law. It concerns a repressive, labelling, irrational and inefficient instrument, incapable of solving the complex social questions that it intends to protect. One of these controversial areas of criminal protection is, in the context of Brazilian law, the National Financial System. The crimes against the National Financial System, described on the law number 7.492/86, were created in a criminal politics context of criminalizing risks, carrying within the speech of stabilization of economic-financial basis. However, it is necessary to argue the harmony of this specific criminal law with the requirements of incrimination and with the expressed purpose of protection of legally protect interests. This dissertation intends, therefore, to analyse the crimes of the law number 7.492/86, revealing its symbolic character of the criminal laws and its relation to a trend of expansion of criminal legislation oriented to the management of risks and to the administrativization of criminal law. As it will be demonstrated, part of these crimes exist in disagreement with the limits of the criminal power of the State and are an example of the symbolic criminal law in Brazil. Lastly, it will be examined the alternative solutions of contention of the irrational and symbolic expansion of contemporary criminal law.

Key words: Democratic State of Law. Limits to the punitive power. Symbolic criminal law. Harm principle. Economic Criminal Law. National Financial System. Law 7.492/1986.

SUMÁRIO

Introdução.....	11
Capítulo I – A expansão penal e o Direito Penal Simbólico.....	15
1.1 A expansão da intervenção penal na sociedade de riscos.....	15
1.2 Noção de Direito Penal Simbólico.....	35
Capítulo II – Do caráter simbólico da Tutela Penal do Sistema Financeiro no Brasil	80
2.1 Da (in)existência de bem jurídico tutelado e da tutela penal de funções.....	80
2.2 Dos tipos penais em espécie na Lei nº 7.492/86.....	140
2.3 Déficits de eficiência da tutela penal do Sistema Financeiro Nacional.....	161
Capítulo III. Alternativas e propostas de solução.....	194
3.1 Tutela pelo Direito Administrativo.....	194
3.2 A proposta de Direito Penal de Duas Velocidades, de Silva-Sanchez.....	200
3.3 Direito de Intervenção, de Winfried Hassemer.....	212
Considerações Finais.....	224
Referências.....	228

INTRODUÇÃO

Ao refletir sobre os limites do poder punitivo no Estado Democrático de Direito, deparamo-nos, fatalmente, com a questão da irracionalidade da produção legislativa, em matéria penal e, mais especificamente, com a criação de normas penais eminentemente simbólicas. Trata-se de normas que carregam um discurso de proteção de interesses da sociedade, mas cuja eficiência da tutela a que se propõe não se verifica, empiricamente.

O sistema punitivo criminal moderno, desta forma, se encontra em uma intensa crise de legitimidade de suas funções instrumentais, em especial da proteção de bens jurídicos. Ele se mostra, assim, como um mecanismo repressivo, rotulador, irracional e ineficiente, incapaz de solucionar as complexas questões sociais a que se propõe tutelar.

O agravamento dessa tendência político-criminal vem sendo denunciado sob a terminologia de expansão do direito penal moderno. Cuida-se de uma expressiva inflação legislativa penal, especificamente de criação de novos delitos, que afirmam buscar soluções para problemas sociais modernos, em particular para deter os riscos de grandes crises e desastres no âmbito da economia, meio ambiente e saúde pública. O que tem sido, contudo, identificado pelos críticos desta expansão, é que ela tem servido de mecanismo de apaziguamento da opinião popular e midiática, mas que não tem cumprido com os compromissos a que se propõem, nem respeitado os limites de exercício legítimo do poder punitivo estatal.

Uma dessas esferas controversas de tutela penal, no âmbito do direito brasileiro, é o Sistema Financeiro Nacional. Portanto, o objetivo geral fixado nesta dissertação de mestrado, é o exame crítico dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, dispostos na Lei nº 7.492/86, buscando-se avaliar o grau de irracionalidade e simbolismo empregado na criação e aplicação da referida lei.

A hipótese da qual se parte é de que a Lei nº 7.492/86 foi criada em um contexto político-criminal de tendência de tutela penal orientada à gestão de riscos e à administrativização do direito penal, próprias da expansão legislativa no direito penal moderno. Tal tendência vem sendo denunciada por doutrinadores críticos do direito penal, em especial na Alemanha e na Espanha, receosos pelo agravamento da crise de legitimidade do direito penal e por sua expressão autoritária, irracional e simbólica.

Conjetura-se, assim, que a Lei em comento possui caráter predominantemente simbólico, voltado ao atendimento de exigências punitivistas da opinião pública e midiática, contrariando os limites do poder punitivo estatal legítimo.

Considerando-se a tendência político-criminal moderna de criminalizar condutas relacionadas a supostos bens jurídicos coletivos, de caráter genérico, por meio de normas penais de perigo abstrato, com vítimas difusas, tem-se notado um empobrecimento dos pressupostos da punibilidade. O sistema punitivo criminal tem se distanciado, enfim, do seu propósito inicial de proteção de interesses humanos concretos, para tutelar instituições político-sociais, o que recebe o nome de funções, que, a princípio, deveriam ser tuteladas pelo direito administrativo.

Da exposição de motivos do projeto de lei nº 273/1983, constante no Diário do Congresso Nacional de 25 de março de 1983, ensejador da lei penal em estudo, depreende-se que esta se apresenta como definidora de crimes contra o Sistema Financeiro, sendo popularmente conhecida como *lei do colarinho branco*. As justificativas sugerem uma tentativa do legislador de atender às expectativas da sociedade no sentido de coibir os escândalos financeiros ocorridos, especialmente, após o ano de 1964¹. Fala-se, expressamente, em “*desviar os olhos dos ladrões de galinha e focar nos colarinhos brancos*”, linguagem com carga altamente emotiva, com impacto político direto sobre a opinião pública e de diversas classes socioeconômicas da população.

Nota-se, ainda, a preocupação de preservação dos cofres públicos e da confiança do sistema, que seriam objeto de oneração de condutas desviantes, seja por meio de condutas fraudulentas ou temerárias no âmbito dos valores do público ou do mercado de títulos e valores imobiliários.

Sob a justificativa de ausência de legislação penal específica para o tratamento das irregularidades que surgiram com o advento de novas e múltiplas atividades no Sistema Financeiro, à época da edição da lei – meados das décadas de 70 e 80 do século XX – o legislador propôs a criação de tipos penais incriminadores, contidos em vinte e dois artigos, que vão desde o artigo 2º até o artigo 23, da Lei nº 7.492, que foi sancionada no ano de 1986.

¹ Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 25 de março de 1983, p. 1018-1.019. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25MAR1983.pdf>>.

Não obstante a afirmação, nos motivos da lei, de que “(...) a proposição segue a linha tradicional do Direito Penal vigente entre nós, não ensejando observações adicionais”², cabe à doutrina promover profunda análise das normas incriminadoras por ela criadas, com o fim de identificar a expressão simbólica contida na lei, de se promover como meio de controle de riscos no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, examinando suas limitações do ponto de vista do déficit de verificação empírica, em especial levando-se em conta a crise de legitimação das funções instrumentais de proteção do bem jurídico do direito penal moderno.

Para examinar a hipótese levantada, a análise será desenvolvida, na presente dissertação de mestrado, em três etapas.

Inicialmente, no primeiro capítulo, a fim de auxiliar na compreensão do fenômeno do simbolismo no direito penal, examina-se o contexto político criminal, social e econômico, que serve de pano de fundo para a expressão simbólica das atuais leis penais.

Entende-se que parte do problema reside na falta de freios à criação legislativa penal e na ausência de interferência da doutrina reflexiva em tal processo. Acredita-se, igualmente, na precária diligência da doutrina e da Academia a teorias que, de fato, limitem e controlem a criação de leis penais, que se tratam daquelas mais incisivas na liberdade dos cidadãos. Tais fatores deixariam, assim, um caminho aberto ao autoritarismo, irracionalidade e exercício de poder punitivo, sem os devidos limites.

Em seguida, ainda no primeiro capítulo, conceitua-se o direito penal simbólico, com base na escassa bibliografia crítica a respeito.

No segundo capítulo, pretende-se examinar a Lei nº 7.492/86, procurando demonstrar em que medida pode ser compreendida como expressão do direito penal simbólico no Brasil.

Para tanto, então, disserta-se a respeito das teorias que disputam a conceituação do bem jurídico penal. São também analisadas as teorias que rechaçam a ideia de bem jurídico e, ainda, aquelas que o diferenciam das funções estatais.

² Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 25 de março de 1983, p. 1.019. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25MAR1983.pdf>>.

Posteriormente, estuda-se, especificamente, a questão do bem jurídico na Lei nº 7.492/86. Para tanto, aborda-se tal temática em cada um dos tipos penais previstos na referida lei.

No terceiro capítulo, por fim, serão abordadas as formulações teóricas que se tem oferecido para superação do caráter eminentemente simbólico do direito penal contemporâneo, resultado da expansão da intervenção penal voltada à tentativa de contenção de riscos. Trata-se de propostas que se contrapõem à arbitrariedade e às pretensões políticas do poder punitivo estatal, buscando racionalizar e viabilizar um direito penal legítimo, próprio do direito liberal no Estado de Direito.

A dissertação de mestrado ora proposta será desenvolvida a partir de pesquisa bibliográfica ampla, em especial de teóricos críticos espanhóis, alemães e brasileiros, voltados ao questionamento do exercício arbitrário e ilegítimo do poder punitivo estatal. O procedimento utilizado será analítico, decompondo-se o objeto de pesquisa – o caráter simbólico da lei penal nº 7.492/86 – em seus diversos aspectos, ressaltando, ainda, que a pesquisa jurídica tem caráter crítico, mas igualmente propositivo.

Nesta última etapa da dissertação, serão discutidas, assim, as alternativas de superação da irracionalidade e simbolismo da lei penal, notadamente quanto aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. São elas: a tutela pelo direito administrativo, o direito penal de duas velocidades, proposto pelo teórico espanhol Silva-Sanchez e, por fim, o Direito de Intervenção, trabalhado pelo alemão Winfried Hassemer. Com isso, pretende-se elucidar as vias possíveis de uma interferência da doutrina crítica nos rumos da adequação do sistema penal aos ideais liberais e democráticos de exercício do poder punitivo.

Ressalte-se que serão tomados como referência a Constituição, o Estado Democrático de Direito e os limites ao poder punitivo, como *ultima ratio* na intervenção da liberdade dos cidadãos.

Objetiva-se, portanto, a partir do caso específico da Lei nº 7.492/86, contribuir para o hodierno debate crítico acerca dos limites do poder punitivo estatal, com vistas à racionalização da criação legislativa penal e à contenção da expansão simbólica do direito penal.

Capítulo I – A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

1.1 A expansão da intervenção penal na sociedade de riscos

A compreensão do fenômeno do simbolismo no direito penal requer a identificação do atual contexto político criminal, social e econômico, que serve de pano de fundo para tal expressão simbólica das leis penais.

Tal análise será feita, sobretudo, com fundamento no pensamento de Silva Sanchez e Winfried Hassemer. Porém, a seguir, serão mencionadas igualmente as manifestações relativas ao tema formuladas pelas autoras brasileiras Maria Lúcia Karam e Marta Rodrigues de Assis Machado.

Com efeito, tem-se notado, desde a década de 1980, que foi, inclusive, aquela em que se deu a promulgação da lei nº 7.492/86, objeto do presente estudo, uma orientação dos teóricos do direito penal a relacionar as novas formas de criminalização com a chamada sociedade de riscos.

O espanhol Silva Sánchez, com sua notável obra *“A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”*, contribui para este estudo, identificando e analisando o fenômeno contemporâneo, o qual denomina de “expansão do direito penal”. Para ele, há diversas evidências de que a legislação penal vem sendo utilizada de forma excessiva pelos Estados-nação, em todo o ocidente, e relaciona tal fenômeno com a estrutura social da modernidade – admitindo a ideia de sociedade de riscos³.

Silva Sanchez remete-se à pertinente citação de *von Bar*, segundo quem:

*“Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade”.*⁴

De fato, especialmente no mundo contemporâneo, é possível observar um clamor popular pela resposta penal para problemas sociais, no entanto, tal resposta

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28. A ideia de sociedade de riscos, no contexto pós-industrial, foi trabalhada, especialmente, pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, em BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: 34, 2011.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 19.

vai sempre ao encontro de uma restrição de liberdade – que outrora era considerada como bem fundamental para a vida humana. Segundo Silva-Sanchez, os penalistas da modernidade de forma quase unânime buscam um direito penal mínimo, tendo em vista que esses não observam, de fato, uma verdadeira proteção ao bem jurídico por parte de normas penais.

Remetendo ao criminólogo crítico Alessandro Baratta, Silva Sanchez concorda com sua avaliação de que a pena é radicalmente injusta e inútil, tendo a exclusiva função de reprodução das relações de domínio preexistente, o que, inevitavelmente, recai sobre as classes inferiores⁵.

Baratta, de fato, parte de uma visão *conflitiva* do modelo social, que se opõe à concepção *consensualista* ou do *contrato social*. Isso quer dizer que ambos discordam da visão iluminista de que a realidade social é construída mediante um consenso, e afirmam que ela é sim fruto de conflitos e lutas por interesses, normalmente bastante diferentes entre os diferentes sujeitos e classes⁶.

Silva Sánchez não deixa de mencionar que Ferrajoli é igualmente um expoente bastante relevante da concepção do direito penal contemporâneo, que, por sua vez, entende o direito penal minimalista como direito penal garantista, ou seja, que é um modelo limítrofe, tendencial e nunca completamente satisfatório⁷. Silva-Sanchez menciona, por fim, a escola de direito penal de Frankfurt, cujo maior expoente é Winfried Hassemer, a qual o autor espanhol denomina de *ultra liberal*, e afirma que é partidária de um direito penal nuclear.

No tocante à análise da tendência atual de expansão do direito penal, Silva Sanchez faz um diagnóstico que se refere às legislações não somente da Espanha, onde vive, mas também da Alemanha, grande referência para a dogmática penal, e no Brasil, onde ele dedica, igualmente, certa atenção. Segundo o autor, vem sendo observada um crescimento da legislação especial, criando-se novos tipos penais, bem como recrudescendo-se a punição no caso dos tipos penais já existentes, ampliando-

⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 21.

⁶ Neste sentido, vide BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: Revista Brasileira de Ciências Penais, São Paulo, n. 05, p. 05-24, jan./mar. 1994. Especialmente p. 7. Para Baratta, o discurso punitivo se assenta na ideia de que a sociedade funciona segundo um modelo consensual, o que não corresponde à realidade, repleta de conflitos e disputas de poder e interesses.

⁷ Neste sentido, vide FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 7.

se espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilizando-se regras de imputação e mitigando princípios político-criminais de garantias. Esse é, enfim, o fenômeno amplo o qual Silva Sánchez denomina *expansão do direito penal*⁸. E este fenômeno, do que se observa de sua análise, encontra respaldo em um contexto socioeconômico contemporâneo, de sociedades mais complexas, que buscam na legislação penal uma solução fácil aos problemas sociais, a qual Silva Sánchez considera como meramente aparente, deslocando a verdadeira resolução de conflitos a um plano simbólico de declaração de valores, que arrefecem a opinião pública, mas que, em contrapartida, não são instrumentalmente efetivos⁹.

Tudo isso se deve, para o autor espanhol, ao fato de que o modelo social atualmente vigente implica amplas expectativas sociais quanto ao papel do direito penal, e dessa cobrança social surge uma resposta política, de suposta proteção. A exigência social, contudo, baseia-se mais em um sentimento, não requerendo, contudo, grande nível de racionalidade. O governo, por sua vez, responde à demanda social de forma imediata e populista¹⁰.

Interessante mencionar, neste ponto, a exposição de motivos do Código Penal espanhol, trazida à tona por Silva-Sanchez, que se refere à expansão de tipos penais tipicamente modernos:

“Há uma antinomia entre o princípio de intervenção mínima e as crescentes necessidades de tutela de uma sociedade cada vez mais complexa (...) dando prudente acolhida as novas formas de delinquência, mas eliminando, ao mesmo tempo, figuras delitivas que perderam sua razão de ser”¹¹.

A partir da leitura de referida passagem, infere-se que o poder político espanhol busca legitimar a expansão do direito penal, distanciando-se do direito penal mínimo, sob a justificativa de que a sociedade, cada vez mais complexa, tem “*crescentes necessidades de tutela*”. Não há, contudo, referência a quais seriam tais necessidades, e se de fato elas são compatíveis com a tutela especificamente penal. Aparentemente, o discurso se reveste de um apelo mais emotivo do que racional, portanto.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 21.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 23.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 21.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 22.

Segundo Silva Sánchez, a expansão atual, contudo, diferencia-se da tendência expansiva da década de 1970, conhecida como *law and order*, que clamava por uma reação legal, judicial e policial mais dura contra a delinquência de massa – incluindo patrimonial e violenta. Tal tendência tinha como principal objeção o excesso e o desrespeito aos direitos humanos, sendo, portanto, uma tendência bastante polêmica, ou minimamente dividida entre os intelectuais. A tendência de hoje, contudo, segundo avaliação de Silva Sánchez, sofre uma rara unanimidade, ou talvez até um consenso¹², sujeita a poucas críticas e admitindo grandes teorias legitimantes.

Silva Sánchez identifica, ainda, algumas possíveis causas da tendência atual de expansão do direito penal, enumerando dez delas, sendo todas relacionadas à configuração social e econômica da modernidade – portanto, uma análise com fundo sociológico e econômico.

De fato, todas são observadas de forma bastante evidentes, em todo o ocidente, que vem passando por um processo de globalização socioeconômica significativo nas últimas décadas.

A primeira dessas causas é o surgimento de novos interesses, que se dá com a configuração de novas realidades, como a criação de instituições de crédito ou econômicas. Uma vez que se entende, com frequência, que o direito penal serve para a proteção de bens jurídicos, o surgimento de novos “bens” implica novas tutelas penais. E, ainda, há o caso, segundo ele, de deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, como seria o caso do meio ambiente. Silva Sánchez, contudo, afirma que essa causa pode gerar expansões razoáveis, mas igualmente expansões irrazoáveis.¹³

A segunda causa apontada pelo autor espanhol trata-se do efetivo aparecimento de novos riscos, remetendo à sociedade de riscos, de Ulrich Beck¹⁴. Para Silva Sánchez, a atual sociedade pós-industrial configura-se por um âmbito econômico rapidamente variante com avanços tecnológicos, industriais, biológicos,

¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 24.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 28. Silva Sánchez exemplifica como expansão razoável a criação do delito de lavagem de dinheiro, por exemplo, e rechaça condutas que, na verdade, não causariam lesão ou perigo de lesão efetiva à ordem econômica.

¹⁴ Ulrich Beck, sociólogo alemão, analisa a sociedade contemporânea sob a perspectiva dos riscos de natureza ambiental, econômicos e à saúde. Para ele, a era pós-industrial é marcada por grande desenvolvimento tecnológico e pelo forte movimento da globalização, fatores que moldam a vida em sociedade, que vem se deparando com receios cada vez mais crescentes. BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: 34, 2011.

genéticos, nuclear, comunicacionais inéditos na história. Diante disso, desenvolvem-se novas formas de criminalidade organizada internacional, impondo novos riscos para os indivíduos e para os Estados¹⁵.

A terceira causa apontada pelo autor espanhol para a tendência político-criminal contemporânea de expansão é a institucionalização da insegurança, tendo em vista a grande incerteza na vida social e um medo predominante sobre as “novidades”. Considerando-se a predominante incerteza sobre as relações de causa-efeito e levando-se em conta que há uma distribuição desigual do risco, a população se reveste de uma insegurança generalizada e passa a demandar por maior proteção ou de normas que visem garantir-lhes maior segurança. Assim, ocorre uma tendência à criação de delitos perigo cada vez mais abstrato, já que há uma sensação de que os delitos de resultado ou de lesão se mostram deveras insuficientes para dar uma resposta efetiva aos problemas. Portanto, presume-se o perigo cada vez mais.¹⁶

A quarta causa da tendência atual apontada por Silva Sánchez é a sensação social da insegurança, ou seja, a perspectiva subjetiva do modelo de configuração social. A insegurança é sentida, há um medo, que se aguça no contexto de diversidade e complexidade social, com pluralidade de opções e de informações. A insegurança é sentida, pois há muitas dúvidas, incertezas, sobre o que é arriscado ou não. A modernidade se reveste de um excesso de informação, mas, paradoxalmente, de um excesso de dúvidas e uma ausência de referências valorativas objetivas, o que, para Silva Sánchez, gera uma “perplexidade do relativismo”. Diante desta insegurança, segundo o autor, há uma “dessolidarização” estrutural, um “individualismo de massas”, onde a sociedade não se configura como uma comunidade, mas como um conglomerado de indivíduos atomizados e narcisisticamente inclinados à satisfação de interesses próprios¹⁷. Nesse contexto, segundo Silva-Sanchez, pode-se destacar

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 30. Pode ser mencionado, como exemplo do fenômeno de incremento das organizações internacionais, o recente escândalo financeiro dos *Panama Papers*. Eis uma relevante amostra da transnacionalidade criminosa moderna, que no caso envolveu transações ilícitas e evasão fiscal por meio de *offshores* de centenas de cidadãos influentes de dezenas de países de todo o globo. THE PANAMA PAPERS. The International Consortium of Investigative Journalists. Disponível em < <https://panamapapers.icij.org/>>.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 30. Nota-se que, neste contexto, o simbólico adquire significativa força, pois há uma pressão social maior por incriminação e uma resposta imediata política, que não necessariamente se instrumentaliza, mas de fato acalma os ânimos populares.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 32-36.

como fatores relevantes as guerras, crises econômicas, migração, terrorismo, fenômenos que afetam diretamente essa angústia social e reclame pela necessidade de se controlar a realidade. Mas, igualmente, o autor chama a atenção pela natureza mais subjetiva do que objetiva dessa sensação de segurança, pois muitas vezes se trata de riscos dificilmente controláveis ou até mesmo incontroláveis, o que torna a dificuldade de ação verdadeiramente preventiva. E, ainda neste ponto, os meios de comunicação exercem crucial influência, sendo verdadeiras fábricas de medo, mexendo com a opinião pública¹⁸. Toda essa dimensão subjetiva gera uma percepção inexata da realidade, de modo que não há equivalência entre o risco objetivo e o risco subjetivo, de modo que a democracia é invadida pela emoção. Silva Sánchez, ainda, afirma que os meios de comunicação não criam, mas sim reforçam e estabilizam medos, oferecendo o problema e, muitas vezes, a solução, de modo a criar uma necessidade e um reclame na população – o que, posteriormente, atinge a classe política. Dessa forma, a segurança se converte em uma pretensão social, que exige que o Estado e, especialmente, o direito penal, ofereça uma resposta, o que se configura, inevitavelmente, por uma pressão social por criminalizações – e se tiverem que superar seus limites clássicos, que superem, a fim de garantir este fim último reclamado pela pressão popular. E, assim, o direito penal adquire, na modernidade, uma função diversa de sua atribuição clássica: espera-se que ele seja um apaziguador social, um gerador de consenso e reforço da comunidade¹⁹.

A quinta causa da tendência, segundo o espanhol, é a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, na qual os cidadãos, em razão de serem apenas consumidores, desempregados ou outros tipos de destinatários de eventos e serviços, se encontram em uma situação de passividade, que os configura como meros sujeitos aos riscos. De fato, como aponta o autor, a parcela verdadeiramente ativa da sociedade, que define os rumos da realidade, como grandes empresários, empreendedores e políticos, são a pequena minoria, sendo que o resto da população apenas vivencia os fenômenos de forma passiva. Isso gera um reclame pelo controle dos riscos. Na era industrial, criou-se o conceito de risco permitido, necessário para o desenvolvimento industrial, tecnológico e econômico – a ideia geral era que “*Navegar*

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 37.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 38-41.

é preciso, viver não é preciso”²⁰. A ideia hoje, contudo, é mais focada no “viver”, reduzindo-se as fronteiras do risco permitido. Com relação ao risco permitido, Silva-Sanchez considera que há um conflito entre segurança e liberdade, sendo que hoje a segurança é um reclame social mais intenso. Assim, cria-se a figura da ingerência, com respaldo na responsabilidade pela comissão por omissão. Quer-se atribuir responsabilidade de qualquer tipo de dano sempre a alguma decisão humana, mesmo que o caso concreto sequer o permita – como o caso de caso fortuito ou mesmo de uma decisão não pessoal. Expande-se, assim, a imputação de responsabilidade²¹, pois, segundo Silva Sánchez, a vítima sempre exige um responsável para culpar e responsabilizar. O fator complicador, neste ponto, segundo o autor, é que os fenômenos de riscos analisados na modernidade, em geral, não têm empiricamente uma compreensão clara de quem causa os danos os perigos, o que dificulta a imputação de responsabilidade. Para ele, a explicação empírica é a chave para a compreensão da imputação, e, distanciando-se dela, há uma admissão, cada vez maior, do mero valor simbólico-comunicativo da imputação – ou seja, sem verdadeira vinculação instrumental, mas com um sentido apaziguador e falacioso²². Para Silva-Sanchez, a pressão por responsabilização, ainda que sem vínculo empírico, culmina em uma tendência de criminalização de delitos de perigo abstrato, com o objetivo de frear o medo e tentar agir preventivamente. Porém, quando não é a causalidade que determina a imputação, chegamos ao ponto da hiper-responsabilização do sujeito ativo, o que, inevitavelmente, implica uma conformação de uma legislação simbólica²³.

A sexta causa destacada por Silva Sánchez é a identificação da maioria como vítima do delito. De fato, como a sociedade se compõem por mais sujeitos passivos do que ativos na dinâmica dos riscos, as pessoas se identificam mais como vítimas do que como autores ou sujeitos ativos, o que gera uma pressão por punição do autor,

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 43.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 47.

²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 48. Referida busca por respostas meramente simbólicas incorre, muitas vezes, na seleção de um “bode expiatório”, que responderá pela causação de danos que não necessariamente foi exatamente causado por ele, mas que vai ser responsável por arrefecer os ânimos populares, normalmente irracionais e desvinculados de uma análise empírica de responsabilidade.

²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 49-50. Com efeito, quando a responsabilização é mais ampla do que a causação, há mais simbolismo, do ponto de vista do apaziguamento social, sem muita eficiência instrumental. Há uma falácia, que muitas vezes goza de grande apoio popular, pelo mero e irracional sentimento de se buscar um culpado para tudo.

como forma de se “vingar” as vítimas. Reforça-se o efeito retributivo da pena – ainda que não se vincule necessariamente com a instrumentalidade da prevenção, o que não deixa de ser simbólico. Para Silva-Sanchez, mais do que mera vingança, a pena implica uma ressocialização da vítima, que é acolhida solidariamente pela sociedade – principalmente após a impossibilidade de se evitar o dano. A “criminalidade dos poderosos” é assimilada pela população, que também goza de influência da mídia de massa, que foca tais “*crimes of the powerful*” e reforça o papel de vítima de “toda a população”. Segundo o autor, apesar de estatisticamente a criminalidade marginal – “*lower class crimes*” – ser a maioria (80%, para ele), o enfoque é da atenção dada a esses crimes. Ademais, um impacto negativo gerado por isso é que quando há flexibilização de garantias para delitos de poderosos, inevitavelmente os criminosos de massa também sentem um recrudescimento do da atuação policial e da justiça²⁴.

A sétima causa apontada pelo penalista espanhol é o descrédito de outras instâncias de proteção, afinal, segundo ele, as demais causas justificam uma intervenção jurídica, mas esta é a principal causa de tal intervenção ser penal. A demanda pela repressão penal encontra-se no fato de que as outras opções de tutela, em especial direito civil e administrativo, ou inexistem, ou são insuficientes, ou encontram-se desprestigiadas. A angústia, assim, por uma resposta satisfatória desemboca na exigência por uma intervenção mais severa, que encontra fácil guarida na estrutura do direito penal²⁵. Silva Sánchez cita Jean Claude Guillebaud, segundo o qual “*Quando uma sociedade perde pontos de referência, quando os valores compartilhados – e sobretudo uma definição elementar do bem e do mal – se desvanecem, é o Código Penal que os substitui*”²⁶. De fato, a dúvida, a insegurança, a incerteza e o medo reclamam pela intervenção do direito penal – de modo normalmente emotivo, distante da racionalidade. A população não vê no direito civil uma saída para gestão de riscos, e quanto ao direito administrativo, há um descrédito quanto ao poder preventivo de suas sanções. O resultado, assim, é que se veja no direito penal não a *ultima ratio*, mas a última esperança, ou o único instrumento eficaz de pedagogia político-social. É um fardo que não pode ser carregado sozinho pelo direito penal: cuidar de bens para gerações futuras e interesses da comunidade os

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 52-54.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 57-58.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 59.

quais as instituições políticas flagrantemente não deram conta de resolver – ou talvez nem tentaram efetivamente²⁷.

A oitava causa sugerida por Silva Sánchez é a dos gestores “atípicos da moral”. Segundo ele, até o posicionamento político da esquerda, que outrora se considerava mais como autor do que como vítima dos delitos, posicionando-se contra o excessivo recurso ao direito penal, agora passa a exigir a criminalização de condutas dos “poderosos”, usando um instrumento de poder que antes criticavam²⁸. Como exemplo, o autor menciona os grupos de interesses como associações ecologistas, feministas, pacifistas, que, no tocante a seus próprios interesses, tendem a pedir por uma ampliação do direito penal. Para Silva-Sanchez, até mesmo a criminologia crítica, antes defensora do abolicionismo, vem se mostrando favorável aos novos processos de criminalização, o que o faz concluir que “*O rechaço dos meios de poder cede diante da vontade de servir-se deles em seu próprio interesse*”²⁹.

A nona causa da expansão penal da modernidade é, então, para Silva Sánchez, a atitude da esquerda política: enquanto na tendência era lei e ordem, a política de direita promovia teses de incremento de segurança, por maior pressão punitiva, o que reverberou na política criminal da tolerância zero, a esquerda defendia o contrário; a partir da sociedade de riscos, contudo, a esquerda passou a buscar incriminação de ofensas e valores que estiveram em foco durante a década de 1980, como direitos dos trabalhadores, das mulheres, proteção ao meio ambiente, delitos de colarinho branco, dentre outros. Nenhuma das ideologias políticas, contudo, questionou de forma ampla a prisão ou a inflação do direito penal.³⁰ Para Silva-

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 61. Um dos exemplos possíveis de se mencionar, neste caso, é o da guerra às drogas. Um tema que cabe mais à gestão administrativa da saúde desemboca nas mãos do direito penal que, de forma violenta, intervém, mas não tem demonstrado solucionar o problema. O reclame social por mais severidade no combate ao tráfico de drogas maquia a complexidade do tema, que se resume, na prática, ao exercício seletivo do Estado policial, no encarceramento de massa de jovens de baixos estratos sociais. No mesmo sentido, denunciando o fracasso da *war on drugs*, vide HASSEMER, Winfried. *Descriminalização dos crimes de drogas. Direito penal. Fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. E igualmente CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil - estudo criminológico e dogmático*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁸ A observação de Silva-Sanchez se identifica com a crítica feita por Maria Lúcia Karam, segundo a qual a esquerda punitiva vem pleiteando rigor e repressão de delitos de classes privilegiadas, a despeito de, outrora, criticar o aparato punitivo estatal. KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. In Revista discursos sediciosos – crime, direito e sociedade nº 1, ano 1, 1º semestre 1996, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, p. 79-92.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 64.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 68.

Sanchez, isso se trata de uma mudança de perspectiva que pode ser considerada como “esquizofrenia” ou “ambivalência”:

“Por um lado, se negava legitimidade tout court ao direito penal, partindo da co-responsabilidade social na gênese do delito e da radical inutilidade do mesmo para alcançar suas supostas finalidades em uma sociedade fragmentada. Sem embargo, por outro lado, se propugnava simultaneamente o recurso ao direito penal como mecanismo de transformação da sociedade e da intervenção contra os que obstaculizavam o progresso da mesma até formas mais avançadas e igualitárias de convivência democrática”³¹.

Por fim, Silva-Sanchez apresenta uma décima causa do fenômeno ao qual ele denomina expansão do direito penal, que, na verdade, se trataria mais de um fator colateral do que de uma causa: o “gerencialismo”. Para ele, trata-se de uma aspiração ingênua de eficácia, segundo a qual a coletividade passa a ter aversão de garantias clássicas do direito penal, para se ter mais “resultados” da repressão. Defende-se a ideia de que os princípios clássicos do direito penal, até mesmo a presunção da inocência e o *in dubio pro reo*, sejam considerados como obstáculos para a verdadeira solução de problemas por meio do direito penal. As garantias e formalidades penais e processuais penais são consideradas como algo ruim, o que oportuniza o surgimento de uma “justiça negociada”, que ocorre, muitas vezes e com bastante apoio popular, ao arrepio da lei, tal como delações premiadas, imunidades para alguns, entre outros³². Vê-se o direito penal não como *ultima ratio*, mas como “mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas”, dissociado de determinados valores que integram sua conformação com o Estado de Direito. Para Silva-Sanchez, o que se percebe, aqui, é que há uma conclamação pela “justiça do Cádi”³³, ou seja, que se dê

³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 67. Dessa forma, é possível sugerir que a direita e a esquerda trabalham segundo a ideia de Direito Penal do inimigo, mas apenas selecionam, diferentemente, quem consideram inimigo e quem consideram cidadão. Não se ataca a estrutura, apenas indivíduos, por meio da pena. Outro problema que pode ser identificado aqui é que a esquerda, embora consiga obter as desejadas incriminações, cai no círculo falacioso do simbolismo penal, pois não resolve os problemas sociais. Ademais, muitas vezes, a incriminação do ponto de vista legal incorre em um déficit de execução, servindo exatamente para manter impunes aqueles que ela visa punir. Uma esquerda coerente deveria lutar por uma estrutura econômica mais justa e igualitária, por exemplo, e não pela seleção de bodes expiatórios para serem punidos - o que não serve para proteção de interesses verdadeiramente socioeconômicos.

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 69.

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 70. O Tribunal do Cádi, ou Quadi, na grafia inglesa, trata-se de um tribunal no qual ao juiz é atribuído administrar a justiça entre os muçulmanos, com a detenção de poderes mais amplos do que os juízes do *common law* ou do *civil law*. Eles têm a permissão de criarem novas opções e ideias para resolver novos problemas associados com o crime. Com efeito, tal comparação é procedente, na medida em que é possível encontrar juízes que, em casos célebres, recorrem a soluções não previstas em lei, sob a justificativa de se promover a

a cada situação a solução que seja “necessária”, independente de vinculações externas, legais e constitucionais. Silva-Sanchez rechaça essa tendência, contudo, afirmando que as formalidades tendem para a justiça e evitam arbitrariedades, sendo que, quando se infringe garantias, é possível, ainda, reforçar a seletividade de perseguição do delito – fato que, segundo ele, se fosse de conhecimento da população, não teria tanto apoio popular. O autor espanhol afirma, ainda, que uma parte considerável da dimensão preventiva do direito penal tem assento em seu significado comunicativo, de modo que a configuração de determinada conduta como delituosa reforça um conteúdo simbólico, que é responsável por uma rejeição popular e uma verdadeira dissuasão³⁴. Silva-Sanchez critica, por fim, a grande ingerência realizada pelos meios de comunicação, que têm o poder, nas questões de aplicação de justiça, para desqualificar atuações institucionais, promovendo uma desconfiança sistemática. A televisão tem o potencial para dessacralizar as instituições e, ao mesmo tempo, aparecer como sagrada e imparcial, fazendo com que o povo confie mais nela do que na própria justiça – o que pode ter consequências desastrosas.

Outro tópico trabalhado por Silva Sánchez na identificação do fenômeno pelo qual vem passando o direito penal moderno é o do papel da globalização econômica e da integração supracional, que ele identifica como multiplicadores da expansão³⁵, aos quais ele relaciona todas as causas já mencionadas até aqui.

O prognóstico do autor é que o direito penal deixará sua forma clássica liberal e passará a ser mais unificado, porém menos garantista. E, diferentemente do direito penal liberal, que respondeu às teorias mais sofisticadas, o fenômeno contemporâneo cede às pressões políticas de combate à criminalidade organizada. A ciência, para Silva Sánchez, é acionada somente para responder às demandas.

No contexto de globalização, a delinquência é eminentemente econômica, segundo o espanhol, voltada exclusivamente para o lucro, o que se difere do

justiça a qualquer custo, o que vai de encontro ao garantismo penal. A operação Mãos Limpas na Itália e igualmente os casos do Mensalão e Lava Jato, recentemente, no Brasil, são alvo de críticas semelhantes, rechaçando o discurso de que “*os fins justificam os meios*”.

³⁴ Neste ponto, uma observação válida é de que, muitas vezes, condutas repugnantes e lesivas, embora não sejam criminalizadas, podem não ter reação de reprovação popular tanto quanto condutas que são tipificadas, meramente pelo revestimento simbólico e estigmatizante do direito penal. Como exemplo, seria possível mencionar políticas estatais excludentes ou que reforcem a concentração de renda. Por mais que não infrinjam a ordem legal positiva, podem ser mais repugnantes do que outras que vão de encontro ao sistema legal vigente.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 75.

paradigma clássico, onde a vida e o patrimônio individual eram o foco³⁶. Como são delitos que envolvem atores significativamente poderosos, é possível observar, ainda, que a sanção se torna essencialmente seletiva, pois há aqueles que são praticamente imunes, por gozarem de poder até mesmo sobre a atuação judiciária, enquanto outros são tomados como “bodes expiatórios”. Ademais, a tendência observada por Silva-Sanchez é punitivista, em todo o globo, não se pensando em prevenção, apenas em combate, ainda que a criminalização se dê diferentemente conforme cada cultura estatal e normativa. Como elemento comum, o autor destaca, ainda, a organização dos delitos, que tomam a forma transacional: as fronteiras entre mercados econômicos e transição de pessoas tornam-se mais frágeis, e as atenções estatais são reforçadas³⁷ – o que gera, igualmente, nova estrutura dos delitos.

Anteriormente a Silva Sanchez, de maneira pioneira, Winfried Hassemer já vinha denunciando o que chamou de direito penal moderno, como fruto de uma tendência de expansão de leis penais e distanciamento dos pressupostos clássicos liberais do direito penal.

Com efeito, o teórico da Escola de Frankfurt considera que a criminalidade organizada, a econômica, a ecológica e a dos bancos internacionais são, atualmente, a grande preocupação política, em todo o mundo. E tal tipo de criminalidade, segundo Hassemer, torna-se uma questão ainda mais temerária quando está relacionada a uma corrupção da legislatura, magistratura, ministério público e política, colocando o Estado em um estado de paralisação, injustiça e seletividade, que acabam impedindo o verdadeiro combate às condutas ilícitas³⁸.

Segundo o teórico alemão, o que se percebe é que o legislador contemporâneo, no tocante à política criminal moderna, tende a responder simbolicamente aos problemas sociais complexos.

No tocante à configuração da criminalidade moderna, essa se distingue da clássica, segundo Hassemer, com características bastante específicas. A criminalidade econômica, por exemplo, que para ele sempre existiu, deixa de ser a

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 77.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit. p. 80.

³⁸ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 8, out-dez, 1994. P.42.

lesão a patrimônio ou à fidelidade econômica, para ganhar contornos de organização, de estratégia.

Os principais fatores em comum da criminalidade moderna, para o autor, são: a ausência de vítimas individuais – tendo como foco o próprio Estado, sendo os indivíduos atingidos apenas de modo abstrato ou de forma mediata; pouca visibilidade dos danos causados – recorre-se aos bens jurídicos supraindividuais, de forma vaga, e à assessoriedade administrativa, não havendo tanta concreção quanto na criminalidade clássica; novo *modus operandi*, distante da violência de massa, implicando atores de “colarinho branco”, negociações, caneta, internacionalidade, profissionalidade – inclusive com a participação de contadores e advogados³⁹.

Diante dessa configuração, o direito penal adquire também um modo moderno de reação, sendo que, para Hassemer, a reforma se dá por meio de duas vertentes, o direito penal especial e o direito penal acessório, o que vem sendo observado nas últimas duas décadas.

Do ponto de vista do direito penal material, na parte especial, o autor destaca o aumento da moldura penal, seja pela criação de novos tipos penais, seja pelo recrudescimento das penas; a expansão territorial da criminalização e a utilização de delitos de perigo abstrato⁴⁰. Destaca, ainda, alterações do ponto de vista do direito penal formal, ou processual penal, o que, para ele, é ainda mais dramático. As alterações mencionadas são o aguçamento do sistema de investigação, no qual diversas técnicas e estratégias outrora inexistentes ganham espaço⁴¹; a transação penal, que no caso americano se trata da *plea and bargain*, e que foi incorporada pela Alemanha, no qual não há verdadeiro esclarecimento dos fatos investigados, mas sim um acordo entre acusação e defesa⁴².

³⁹ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal...* cit. p. 44.

⁴⁰HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal...* cit. p. 45-46.

⁴¹ No caso brasileiro, pode-se mencionar o exemplo das delações premiadas, que ganharam notória evidências nos casos célebres das operações Mensalão e da Lava Jato, bem como a quebra do sigilo bancário, de modo ostensivo. Tais mecanismos, inexistentes no processo penal próprio da criminalidade clássica, ganham espaço, devido à dificuldade probatória dos delitos da criminalidade organizada moderna, sem grande questionamento por parte dos aplicadores da lei. Hassemer se posiciona contrariamente a esta tendência, afirmando que ela faz com que delitos, em especial de natureza socioeconômica, quedem no secreto, sem a devida efetivação da justiça.

⁴² Modelo semelhante, referente ao poder negocial no processo penal, consta do projeto de novo código de processo penal, no Brasil, sofrendo duras críticas de especialistas em processo penal. Neste sentido, vide PRADO, Geraldo. *Poder negocial (sobre a pena), Common Law e Processo penal brasileiro: meta XXI, em busca de um milhão de presos*. Disponível em <

Para Hassemer, essas alterações no âmbito do direito penal e processual penal podem estar diretamente relacionadas ao fato de que o direito penal, na nova criminalidade, sofreu demasiados encargos, que por sua vez não pode suportar – o que gera avanços significativos e adaptações desmedidas, sem a devida racionalização.

Em “*Perspectivas del derecho penal futuro*”, novamente, Hassemer frisa que os países ocidentais, de modo geral, vêm sofrendo reformas do direito penal moderno, nos âmbitos material e processual. Para ele, isto reforça o clima social e político, concentrando-se, em especial, na força expressiva da parte especial do direito penal. Ou seja, em novas incriminações. Mas, igualmente, em uma nova forma de estrutura do delito, com a notável presença de bens jurídicos universais, configurados de forma vaga, o que aumenta a flexibilidade e a potencialidade da intervenção penal, mas, em contrapartida, reduz as possibilidades de defesa e se mostra como atuação excessiva do legislador⁴³.

Essa tendência expansiva não se restringe ao direito penal material, para Hassemer, segundo quem, o direito processo penal, na modernidade, vem contando com uma reforma de sua instrução, com intervenção significativa nas comunicações, integral vigilância e infiltração policial, o que promove uma dissolução de formalidades nas entre a atuação policial e a atuação judicial, o que é deveras prejudicial à defesa dos acusados, incertos acerca da atuação das instituições pertencentes ao sistema penal⁴⁴.

O que Hassemer denuncia na tendência do direito penal moderno é, enfim, sua transição de *ultima ratio* para *prima* ou mesmo *sola ratio*. A política criminal contemporânea propaga um discurso simbólico de erradicação de grandes problemas que amedrontam a sociedade, notadamente o meio ambiente e o sistema econômico, sem, contudo, dar conta de corresponder às expectativas geradas.

Trata-se, portanto, de um discurso altamente simbólico, de uma crença excessiva na atuação do sistema punitivo, que passa a ignorar seus limites, outrora rígidos.

<http://emporiiodireito.com.br/poder-negocial-sobre-a-pena-common-law-e-processo-penal-brasileiro-meta-xxi-em-busca-de-um-milhao-de-presos-por-geraldo-prado/>>.

⁴³ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. In Revista penal, Barcelona, n.1, 1998. P. 37.

⁴⁴ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*... cit. p. 38.

Para Hassemer, no tocante às teorias dos fins da pena, vê-se que na Alemanha ainda há forte confiança na prevenção geral positiva, o que, para ele, tem o condão de contribuir para a visão do direito penal como fonte de solução para grandes problemas sociais. Para ele, de forma diversa das teorias de caráter negativo, que buscam uma intimidação ou ameaça de execução penal dos sujeitos potencialmente delinquentes, as teorias de natureza positiva tendem a buscar uma estabilização da credibilidade da população na inviolabilidade da ordem jurídico-penal. Deste modo, cada vez menos tem-se buscado provas empíricas da capacidade de prevenção da pena, reforçando-se o discurso, exclusivamente, da estabilização da confiança na norma – o que tem inegável valor simbólico. Deste modo, o teórico alemão acredita que se reforça, apenas do ponto de vista discursivo e na crença dos cidadãos de que a pena é útil e necessária, muito embora seu déficit de operatividade seja notório para os especialistas. Para Hassemer, haveria uma crença ou confiança cega, por parte da população, no poder de eficácia do direito penal como instrumento de solução de problemas⁴⁵.

Especificamente no tocante à confiança no poder de eficácia do direito penal como solução de problemas sociais, levantada por Hassemer, vê-se, de fato, uma tendência de reclame não apenas da população em geral, mais de grupos específicos de interesse, por uma repressão dos delitos de natureza econômica. O que Silva Sánchez identifica como nona origem da expansão penal contemporânea, afinal, ganha corpo na voz da criminóloga brasileira Maria Lúcia Karam: o papel da esquerda punitiva.

Com efeito, Maria Lúcia Karam denuncia a postura política da esquerda, no contexto da expansão penal hodierna, que reclama pela intervenção do direito penal para solucionar problemas sociais e econômicos, em especial a criminalidade de colarinho branco. Segundo ela, trata-se de reivindicações repressoras para o combate da criminalidade dourada⁴⁶, que se distanciam das tendências abolicionistas

⁴⁵HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro...* cit. P. 38. Essa crença no poder punitivo como solução de problemas sociais se dá, exclusivamente, por parte da população. Ela não é observada, a seu turno, por parte dos críticos do direito penal moderno, para quem estamos vivendo, na verdade, uma crise de legitimidade das funções instrumentais preventivas da pena. Ou seja, vem sido notada sua incapacidade de tutelar as questões a que se propõe.

⁴⁶ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. In *Revista discursos sediciosos – crime, direito e sociedade* nº 1, ano 1, 1º semestre 1996, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, p. 79.

e de intervenção mínima, que traziam consigo reflexões de criminólogos críticos e penalistas progressistas, que consideram o sistema penal com um dos instrumentos mais poderosos de manutenção e reprodução da dominação e da exclusão, próprios do capitalismo⁴⁷.

Para Maria Lúcia Karam:

“(...) amplos setores da esquerda, percebendo apenas superficialmente a concentração da atuação do sistema penal sobre os membros das classes subalternizadas, a deixar inatingidas condutas socialmente negativas das classes dominantes, não se preocuparam em entender a clara razão desta atuação desigual, ingenuamente pretendendo que os mesmos mecanismos repressores se dirigissem ao enfrentamento da criminalidade dourada, mais especialmente aos abusos do poder político e do poder econômico”⁴⁸.

Com efeito, a criminóloga brasileira critica o fato de que a esquerda adotou o discurso tradicionalmente monopolizado pela direita, que sempre funcionou como fator de legitimação de forças mais reacionárias, incapazes, verdadeiramente, de solucionar complexos problemas sociais. A racionalidade, assim, cede espaço para o que a autora chama de “furor persecutório” voltado contra adversários políticos, com o insuficiente argumento de que os fins justificam os meios, a despeito de garantias de liberdade e de princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito⁴⁹.

A própria conformação dos poderes de classes e da desigualdade na distribuição de bens implica, segundo Maria Lúcia Karam, a porta aberta para a desigualdade e seletividade na persecução penal, que, inevitavelmente, ainda que com novas figuras delituosas, faz com que a pena recaia de forma preferencial sobre aqueles que fazem parte de classes subalternas, o que vai de encontro ao discurso punitivo da criminalidade dourada⁵⁰.

Para a autora, enfim, a punição de um ou outro membro da classe dominante – que, inclusive, normalmente é de algum personagem subalterno, e não de algum tipo de líder ou pessoa realmente influente – serve para legitimar o sistema penal, ocultando seu papel de instrumento de manutenção e reprodução dos mecanismos e da dominação.

⁴⁷ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva...* cit. p. 79.

⁴⁸ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva...* cit. p. 80.

⁴⁹ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva...* cit. p. 80.

⁵⁰ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva...* cit. p. 81.

Outro ponto relevante que deve ser destacado é o caráter rotulador do sistema penal, que seleciona determinados indivíduos e os etiqueta como os responsáveis pelas mazelas da sociedade. A pena, por sua vez, não serve para questionar este sistema, apenas para reforçá-lo. É o que Maria Lúcia Karam considera como demonização do criminoso, o que oculta a lógica e a razão do sistema gerador e incentivador dos abusos do poder⁵¹.

O simbolismo deste reclame por punição reside, portanto, no fato de que a pena cria uma sensação de alívio e de justiça, mas desvia os olhos das verdadeiras soluções necessárias para aplacar os complexos problemas sociais. Neste sentido, Maria Lúcia Karam esclarece, de forma magistral:

“A monopolizadora reação punitiva contra um ou outro autor de condutas socialmente negativas, gerando a satisfação e o alívio experimentados com a punição e conseqüente identificação do inimigo, do mau, do perigoso, não só desvia as atenções como afasta a busca de outras soluções mais eficazes, dispensando a investigação das razões ensejadoras daquelas situações negativas, ao provocar a superficial sensação de que, com a punição, o problema já estaria resolvido”⁵².

O que Maria Lúcia Karam ressalta, nessa passagem, implica que um incentivo à crença de que a punição de desvios pessoais trará a estabilidade e a segurança do sistema, desprezando-se, contudo, os desvios estruturais que os alimentam⁵³. Em outras palavras, a luta por transformações sociais efetivas não é compatível com um mecanismo meramente violento e repressivo. O ideal, segundo ela, seria, então, a busca pela compreensão mais profunda da realidade, para assim encontrar a melhor forma de transformá-la, de preferência instrumentos menos perniciosos e mais eficazes de controle⁵⁴.

O recurso ao discurso punitivo, assim, está repleto de falhas, em especial diante da sua incapacidade de promoção daquilo a que se propõe: uma verdadeira proteção de bens jurídicos. Para Maria Lúcia Karam, esta tendência político-criminal

⁵¹ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva...* cit. p. 81. A mera punição, segundo a criminóloga, é incapaz de questionar as falhas por detrás da própria criminalidade econômica, em especial o sistema capitalista e as políticas econômicas neoliberais, que serão sempre a porta aberta para esse tipo de ilícito de natureza econômica.

⁵² KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva...* cit. p. 82.

⁵³ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva...* cit. p. 82.

⁵⁴ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva...* cit. p. 85-86.

contemporânea, de exigência de punição de poderosos, não passa de uma reprodução da já falida ideia maniqueísta e simplista da pena:

“A ideia de pena, de afastamento do convívio social, de punição, baseia-se no maniqueísmo simplista, que divide as pessoas entre boas e más: o criminoso passa a ser visto como o mau, o outro, o diferente (...)”⁵⁵

Esta tendência de etiquetamento do criminoso do colarinho branco e sua eventual punição, contudo, são incapazes de promover um desenvolvimento, verdadeiramente, da economia ou combater a desigualdade social, interesses que estão, em tese, diretamente ligados à transformação social que se pretenderia quem diz, de fato, querer promover uma economia justa ou protegê-la.

Ademais, o processo de etiquetamento e de seleção de supostos inimigos implica uma forte adesão ao discurso de que os fins justificam os meios. Com isso, o que se nota na tendência político-criminal contemporânea é um distanciamento de pressupostos liberais do direito penal. Um distanciamento que, ao invés de ser visto como abusivo, surge como aparentemente justificado e legítimo, tendo em vista o objetivo de se combater uma criminalidade em tese altamente sofisticada e imune à repressão penal. Essa ideia é trabalhada por Silva Sánchez e Hassemer, para os quais a expansão do direito penal vem implicando a criação de delitos de perigo abstrato e com supostos bens jurídicos coletivos, demasiadamente genéricos, além de alterações significativas até nas garantias do processo penal. Para Maria Lúcia Karam, por sua vez, esse processo provoca um combate à criminalidade “a qualquer preço”, com leis excepcionais e exagero na arbitrariedade, o que revela uma verdadeira estratégia de guerra ao inimigo⁵⁶. O reclame da suposta impunidade reverbera, assim, em um sistema que quer punir a qualquer custo.

Finalmente, Maria Lúcia Karam considera que a tendência da política-criminal hodierna reveste-se, uma vez mais, com a ideologia da repressão, de que mais crimes e punições mais rigorosas irão evitar a ocorrência de grandes delitos. E essa tendência relaciona-se, também, com o fato de que as sociedades contemporâneas vivem um momento de insegurança e de medo coletivo difuso, buscando novos

⁵⁵ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva...* cit. p. 88.

⁵⁶ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva...* cit. p. 89.

inimigos⁵⁷. Para ela, o discurso sobre a criminalidade que vem sendo reforçado é equivocado, pois implica uma entusiasmada crença no sistema penal, favorecendo a ampliação do poder punitivo. Contudo, é necessário se reviver os ideais de transformação social para a construção de sociedades melhores e mais justas⁵⁸. Caminho transformador que, para a criminóloga, não pode ser trilhado com um método repressivo e violento como o direito penal⁵⁹.

Igualmente relevante para o presente estudo se mostra o trabalho da também brasileira Marta Rodriguez de Assis Machado, que reflete sobre a influência da sociedade de risco no direito penal⁶⁰. Para a autora, o modelo sociológico cunhado por Ulrich Beck considera uma realidade contemporânea de expectativa de eliminação dos grandes riscos da modernidade, tais como econômicos e ambientais e, por sua vez, tal conjuntura colabora para um potencial político muito grande, inclusive em material criminal⁶¹. Trata-se de uma população receosa, que reclama por intervenções políticas no controle destes riscos, culminando, finalmente, com a intervenção penal, a mais violenta de todas as manifestações estatais⁶².

A ampliação do direito penal se dá, assim, em decorrência de uma expectativa social de regulação, distante de sua função minimalista de tutela de precisos bens jurídicos, e próxima a uma função promocional de valores orientadores da ação humana na vida comunitária, em especial em temas relativos ao meio ambiente, à manipulação genética e à atividade econômica⁶³. Contudo, mais uma vez, é denunciada a incapacidade da intervenção penal para tutelar estes interesses:

“Não obstante, isso acaba trazendo uma série de implicações ao sistema de intervenção penal, principalmente porque a pressão da demanda não atendida revela um déficit de eficiência dos seus métodos de tutela e segurança”⁶⁴.

⁵⁷ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva...* cit. p. 90.

⁵⁸ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva...* cit. p. 91.

⁵⁹ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva...* cit. p. 91.

⁶⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

⁶¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais...* Cit. P. 91.

⁶² MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais...* Cit. P. 93.

⁶³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais...* Cit. P. 95.

⁶⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais...* Cit. P. 95.

Com efeito, o déficit de eficiência dos métodos de tutela do direito penal é denunciado por um número significativo de teóricos no mundo contemporâneo. E não apenas esta ineficiência, como também a própria configuração destes métodos, que, diante da pressão por se promover a tutela de riscos da modernidade, e não bens jurídicos clássicos, acaba recorrendo a uma série de caminhos incompatíveis com o direito penal liberal. Flexibiliza-se, enfim, pressupostos e garantias vistos, anteriormente, como indispensáveis para a conformação da norma penal com o Estado de Direito.

O termo flexibilização, contudo, parece demasiadamente benevolente com o que se trata, na verdade, de uma renúncia destes pressupostos, caros ao direito penal. É o que denuncia Figueiredo Dias, para quem o direito penal, na acepção moderna, deixa de ser meio de proteção de bens jurídicos, para se tornar um mecanismo de promotor e propulsor de valores orientadores da ação humana na vida comunitária⁶⁵.

Esta serve, portanto, como uma breve análise acerca da tendência político-criminal contemporânea da orientação à gestão de riscos. Sua compreensão permite, assim, avançar no exame acerca do simbolismo da lei penal n° 7.492/86, em especial pelo fato de que a mencionada lei surgiu exatamente neste contexto de expansão penal no setor econômico-financeiro. De fato, foi na década de 80 do último século que a pesquisa de Ulrich Beck acerca da sociedade de riscos foi publicada na Alemanha, e é a partir desta década que os teóricos do direito penal passaram a se preocupar com o fenômeno da expansão do direito penal na criação de novos delitos em desfavor da economia, meio ambiente, riscos para a saúde, dentre outros. Esta tendência, portanto, não se verificou exclusivamente na Europa, mas também pode ser identificada no direito penal brasileiro e também no restante da América Latina, incrementando uma preocupação pela preservação do direito penal liberal clássico.

Como bem assinalado pelo professor da Universidade do Chile, Juan Bustos Ramirez, é necessário, diante das tendências político-criminais da atualidade, buscar resistir por meio da política criminal democrática. Para ele, é imprescindível resgatar

⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo *apud* MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais...* Cit. P. 156.

a ideia do direito penal como *ultima* e não como *prima ratio*⁶⁶, evitando-se, assim, que os cidadãos se tornem vítimas de um autoritarismo estatal, que exerce seu poder punitivo sem os devidos limites. Afinal, o Estado existe a serviço das pessoas. E o controle do exercício punitivo é fundamental para a preservação da liberdade destas pessoas como regra. Somente assim, será finalmente possível adotar-se uma política criminal voltado ao Estado Democrático de Direito. Essa busca, na atualidade, se revela, assim, deveras urgente.

1.2 Noção de direito penal simbólico

Um dos principais desafios da ciência criminal, na atualidade, vem sendo superar a antiquada e perniciosa esquizofrenia metodológica⁶⁷, que se afastava da Política Criminal no tratamento dogmático e sistemático dos problemas jurídico-penais.

Mesmo porque, qualquer atividade intelectual, jurídica ou extrajurídica, que se abstém de questionar os fenômenos que a cercam, corre o risco de esvaziar-se de sentido, tornando-se vã e dispensável. E, ainda mais ameaçador, é o risco de se ater exclusivamente aos postulados puramente dogmáticos, mantendo a Dogmática jurídico-penal *l'art pour l'art*⁶⁸, como fim em si mesma, com suas esquisitices e elucubrações teóricas, o que se torna "*la puerta abierta a la terrible bestia del fascismo*", como a história já comprovou⁶⁹.

O fascismo, como forma de radicalismo político autoritário e nacionalista, cuja manifestação mais desastrosa da história foi o nazismo, embora o seu atual distanciamento histórico, deve ser tomado como paradigma para o cientista criminal que visa evitar equívocos cometidos no passado. Afinal, a arma mais terrível, violenta

⁶⁶ BUSTOS RAMIREZ. Juan. *Política criminal y estado*. In: Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Ramón Casabó Ruiz. 1º Vol. Institut de Criminología. Universitat de València. Valencia. 1997, p. 5.

⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco José. *Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar*, in Vários Autores, Cuadernos de filosofía del derecho. N° 15-16, p. 1025-1050. P. 1049.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco José. *Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar...* cit. p. 1050. Novamente, nas palavras de Muñoz Conde, que ironiza a questão do Direito Penal como ciência completamente autônoma, distante da realidade social, econômica e política que envolve a norma penal e seu tratamento dogmático.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco José. *Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar...* cit. p. 1050.

e temível de que dispõe o Ordenamento Jurídico do Estado é o Direito Penal, e uma manipulação ilimitada desta incorre em efetivos perigos para a Justiça e para a composição da convivência social de forma democrática e pacífica. Perigos estes que podem ser, se não efetivamente evitados, pelo menos identificados pelos penalistas de agora⁷⁰, com uma posição verdadeiramente crítica, perante os mandos e desmandos estatais.

Ainda cabe, assim, recordar acerca da denúncia feita por Gustav Radbruch, citada por Muñoz Conde, em que aquele, em 1926, discorreu a respeito da atividade do professor universitário, perante à política e à sociedade:

*“Con demasiada frecuencia, tanto antes de la guerra, como durante ella, el professor se había convertido en una especie de trombeta convencida de que era ella quien tocaba, ignorando que eran otros quienes soplablan... Con el caudillismo y su parafernalia, las Universidades fueron arrastradas por el espíritu de la época, pero con frecuencia fueran ellas quines arrastaron a su vez al resto de la sociedad hacia aquel espíritu”.*⁷¹

Desta passagem, é possível depreender a importância e o potencial que os professores e doutrinadores, no âmbito acadêmico, possuem para convencer a sociedade de uma teoria ou posicionamento perante uma realidade jurídica, formando opiniões e perspectivas. Contudo, é também apreensível que, sem a crítica e o questionamento necessários à ciência, a dogmática corre o risco de ser uma trombeta na mão do doutrinador, mas verdadeiramente soprada pela política, apenas submetendo-se ao seu arbítrio, teorizando sobre aquilo que lhe é imposto, tão somente. Sendo assim, o resgate da Política Criminal, como forma de dar sentido, e compreender-se melhor o sistema jurídico-penal, será o fio condutor da presente abordagem, que visa contribuir para a questionamento crítico do direito penal⁷².

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco José. *Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar...* cit. p. 1050.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco José. *Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar...* cit. p. 1050. Tradução livre: Com demasiada frequência, tanto antes da guerra, como durante ela, o professor se havia convertido em uma espécie de trombeta, convencida de que era ela quem tocava, ignorando que eram outros quem a sopravam... Com o caudilhismo e sua parafernália, as Universidades foram arrastadas pelo espírito da época, porém com frequência foram elas quem arrastaram a sua vez o resto da sociedade diante daquele espírito.

⁷² No mesmo sentido, Baratta afirma que o que se nota é que os doutrinadores do direito penal partem, muitas vezes, dos pressupostos do direito penal positivado, sem refletir sobre todos os nuances que se encontram por detrás do processo de criminalização. Cf. BARATTA, Alessandro. *Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 5/1994 | p. 5 - 24 | Jan - Mar / 1994. P. 8.

Há que se tomar nota de que a referência para o estudo da ciência penal, hoje, deve ser o Estado Democrático de Direito, em especial com vistas ao espírito liberal e democrático, em oposição ao autoritarismo e ao exercício arbitrário do poder punitivo. Ou seja, o Estado, embora detentor de grande poder, não pode ser livre para intervir indefinidamente na liberdade dos cidadãos, e cabe ao cientista penal fazer uma análise precisa dos limites que devem permear as atividades do Estado, nesta seara, a fim de se evitar o cometimento de injustiças e abusos.

Neste capítulo, será discutida a noção de direito penal simbólico, a fim de se apresentar o substrato para testar o objeto do presente estudo. A pesquisa focalizará a esse respeito o pensamento da chamada Escola de Frankfurt, que tem em Winfrid Hassemer o principal mentor e, em Juarez Tavares, importante representante no Brasil. Também cuidar-se-á das concepções desenvolvidas por José Luiz Ripollés-na Espanha- e por Mireille Delmas-Marty, na França.

Inicia-se com o pensamento de Juarez Tavares, para quem a ideia do simbólico, no contexto do direito penal, consiste na necessidade de justificar de qualquer modo a legalidade, ainda que ela careça de legitimidade⁷³. E, nesta seara, a doutrina desempenha função primordial, pois se consegue justificar, por meio de teorias racionalmente construídas, e revestidas de dogma, é possível manter a vigência de tais normas ilegítimas, revestindo-as de proteção racional. Nas palavras de Tavares:

“Em um Estado Democrático, entretanto, a incriminação não pode ser enunciada como evidente apenas pela circunstância de que seja legalizada. Se a legalização é importante para conter, em um primeiro momento, as ânsias punitivas do poder, deverá, também, submeter-se a um procedimento

⁷³ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). *Direito e Psicanálise. Interseções a partir de "O Processo" de Kafka*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, v. 01, p. 47. De fato, para Tavares, o princípio da legalidade nasceu como princípio delimitador do poder punitivo do Estado, sendo ele, desde a Revolução Francesa, tratado pela doutrina como o grande fundamento das liberdades individuais, opondo-se ao arbítrio do poder, e mostrando-se como garantia para os cidadãos. Deste modo, ele serviria de freio aos caprichos dos governantes, que não poderiam mais impor seus interesses por meio de uma repressão generalizada. Contudo, tal vem passando por uma metamorfose, haja vista que, passados alguns séculos de sua elevação como princípio basilar de justiça penal, tem sido usado como escudo para o arbítrio estatal. Teria passado, assim, de herói para vilão, na medida em que, obedecidos os critérios formais de criação legislativa, e incorporando a legalidade, o Estado tem tido o poder de incriminar qualquer conduta, ainda que referida incriminação não atenda os verdadeiros anseios da comunidade; ainda que referida incriminação seja produto de interesse de apenas um grupo do poder; ainda que referida incriminação, seja, afinal, ilegítima. A ideia do simbólico, então, residiria aí, com a necessidade de justificar de qualquer modo a legalidade, ainda que ela não possua legitimidade.

*de verificação de sua legitimidade, que não pode, portanto, confundir-se com a legalidade nem com a racionalidade. Esse procedimento de verificação pode se dar por meio de um confronto empírico com o mundo vital ou por um processo de desconstrução interna”.*⁷⁴

E, para solucionar referido problema, o caminho proposto por Tavares é testar uma lista de exigências que devem ser atendidas para conter o déficit de legitimidade das normas incriminadoras, que inclui: necessidade da lesão do bem jurídico, clareza e taxatividade dos enunciados, observância dos princípios da fragmentariedade, da intervenção mínima e da humanidade e da necessidade e idoneidade da intervenção penal⁷⁵.

Ainda segundo Tavares, o simbólico se contrapõe ao empírico⁷⁶, e quanto mais a incriminação se afasta concretamente destes pressupostos de legitimidade, mais simbólica, mais ilegítima e mais autoritária ela é, devendo, no molde democrático, ser afastada do Ordenamento Jurídico. A reflexão que mais à frente será proposta, acerca dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, indaga-se, portanto, se eles seriam apenas uma das expressões de uma crise institucional do Direito Penal, que é um Direito Penal simbólico, inefetivo, ineficiente, autoritário e em franca expansão, a despeito do Estado Democrático de Direito e da liberdade como princípio basilar da Ordem Jurídica brasileira ou se correspondem às expectativas de um direito penal preventivo.

A função simbólica do Direito Penal é verificada, para Tavares, na medida em que os objetivos aparentes da lei penal, que se mostram para o público, seja seus aplicadores ou os seus destinatários, isto é, os cidadãos em geral, diferem-se substancialmente dos objetivos latentes, ou ocultos da lei⁷⁷. Em outras palavras, significa dizer que a lei penal reveste-se de uma máscara, que expõe aquilo que se

⁷⁴ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* cit. p. 49.

⁷⁵ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* cit. p. 49.

⁷⁶ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* cit. p. 50.

⁷⁷ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* cit. p. 46. No mesmo sentido, vide HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. In Varios Autores Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23-36.

quer mostrar, a fim de angariar respeito e credibilidade na população, mas que, ocultamente, carrega outras intenções políticas.

Já segundo Hassemer, maior expoente da chamada Escola de Frankfurt, de quem Tavares foi orientando, uma investigação política, sociológica e criminológica permite concluir que as decisões políticas não são apenas questão de poder e interesses, abarcando também a representação de símbolos, que, por sua vez, possuem também um potencial emotivo e manipulador⁷⁸.

Os símbolos possuem, para o autor alemão, uma vaga relação com a realidade preexistente, criando, a seu turno, uma nova realidade, aparente e fictícia⁷⁹. E as leis simbólicas, por sua vez, podem ser classificadas entre: leis de declaração de valores; leis com caráter de apelação moral; respostas substitutivas do legislador e leis de compromisso⁸⁰.

Hassemer considera, ainda, que, do ponto de vista instrumental, quanto mais exigentes são os fins preventivos da pena, mais seu conteúdo simbólico é evidenciado. Em outras palavras, a pretensão de atribuir uma função de utilidade excessiva ao direito penal, desde a ressocialização do delinquente, a intimidação da capacidade delitiva, a proteção de bens jurídicos, cria expectativas excessivas para o direito penal, que acaba por compor um inchado discurso simbólico⁸¹.

O termo simbólico, por sua vez, segundo Hassemer, deve ser melhor esclarecido, tendo em vista que muitos doutrinadores consideram que as leis simbólicas não são infrequentes e que constituem, afinal, tema de significativa preocupação⁸². Para ele, não existe um conceito preciso e suficientemente apto de

⁷⁸ TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* cit. p. 46.

⁷⁹ Hassemer, primeiramente, afirma que o simbolismo na lei não é atributo exclusivo do direito penal, estando presente em diversas outras áreas do direito, como o direito econômico. E menciona, ainda, o caso da teoria criminológica do *labelling approach*, segundo a qual o legislador ocupa um papel ativo de atribuição de etiquetas e estigmas ao ofensor, em um processo simbólico, que se constitui como o verdadeiro processo de criminalização. HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos...* Cit. p. 24.

⁸⁰ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos...* Cit. p. 25.

⁸¹ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos...* Cit. p. 26. Corroborando o entendimento de Hassemer, Baratta considera que as funções instrumentais da pena, tanto nos Estados Unidos como na Europa, já se mostraram indemonstráveis na prática. Quanto à prevenção geral negativa, as cifras negras e a impunidade são a regra. Da mesma forma, a seletividade do sistema coloca em xeque, mais uma vez, a funcionalidade do sistema penal. Por isso, para ele, o simbolismo da lei penal se mostra por diversos motivos evidente. BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico...* cit.

⁸² HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos...* Cit. p. 27.

simbólico ou de legislação simbólica. Contudo, há uma concordância de que se trata de um contraste entre a realidade e a aparência, entre o manifesto e o oculto:

“Existe um acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de Derecho simbólico: se trata de una oposición entre ‘realidad’ y ‘aparencia’, entre ‘manifesto’ y ‘latente’, entre lo ‘verdaderamente querido’ y lo ‘otramente aplicado; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. ‘Simbólico’ se asocia con ‘engaño’, tanto em sentido transitivo como reflexivo”⁸³.

Para Hassemer, é necessário, ainda, ater-se a quatro pressupostos para o exame do simbolismo de uma lei penal. São eles: a consideração de que o direito penal é dirigido às consequências, tendo em vista que só assim é possível opor os efeitos manifestos e os latentes; o estudo das funções do direito penal, e não dos fins intencionais, declarados ou não pelo legislador; a utilização de um conceito comparativo⁸⁴; e, por fim, segundo Hassemer, não se pode usar o termo simbólico como uma censura absoluta, pois mesmo as normas ditadas para serem efetivas possuem alguns fins simbólicos, de modo que, na verdade, deve-se substituir uma análise meramente teórica por uma análise fortemente crítica e combativa⁸⁵.

Com razão Hassemer no tocante à preocupação com um tratamento crítico, que não implique total censura do conteúdo simbólico no direito penal, a fim de se tornar a análise mais precisa e comparativa, em especial considerando-se outras incriminações existentes no direito penal. De fato, o que é reforçado por Baratta, vivenciamos uma crise generalizada de legitimação instrumental da função punitiva⁸⁶. Contudo, a fim de se promover uma investigação precisa e produtiva sobre cada uma das expressões simbólicas existentes no direito penal, é necessário promover uma análise pormenorizada sobre as específicas influências sociais, econômicas e históricas que estão por detrás de cada uma delas. Isto é, no caso específico da lei em estudo, compreender o pano de fundo que serve de base para a lei. Com isso, ao invés de uma censura integral, tem-se, com mais exatidão, aquilo que se trata de um

⁸³ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos...* Cit. p. 27.

⁸⁴ Hassemer considera que até mesmo o delito de homicídio, tão concreto, leva consigo a esperança preventiva de fortalecer o respeito à vida humana. De certo modo, então, ultrapassa os interesses meramente funcionais de prevenção e proteção do bem jurídico. HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos...* Cit. p. 28.

⁸⁵ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos...* Cit. p. 28.

⁸⁶ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico...* cit. p. 11.

simbolismo verdadeiramente danoso para o direito penal no contexto democrático. Ou seja, é necessário, como afirma Hassemer, identificar a face negativa e perigosa do direito penal simbólico⁸⁷.

Neste ponto, é o elemento do engano que ganha especial atenção de Hassemer, para quem a falsa aparência de efetividade e de instrumentalidade da lei penal deve ser analisada sob o ponto de vista da qualidade objetiva da norma. Isso quer dizer que a aplicação da norma simbólica resulta no alcance de objetivos diversos daqueles nela descritos. No caso da norma penal, o que se espera como função manifesta é a proteção do bem jurídico nela previsto. Por sua vez, as funções latentes são, para Hassemer, múltiplas: desde a satisfação de uma necessidade de atuar, a fim de apaziguar a população até a demonstração de um Estado forte⁸⁸.

Por certo, e em especial no contexto do direito penal moderno, Hassemer acerta na consideração acerca da relação entre criação da lei em resposta ao reclame da população como uma das funções latentes ou ocultas da norma penal. A política criminal, seguindo a tendência da política em geral, vem se moldando conforme a exigência do seu público, ou seja, os cidadãos. Na verdade, os políticos tomam boa parte das suas decisões com o objetivo de satisfazer a opinião pública, movida pelo senso comum, e não necessariamente para modificar a realidade com vistas à justiça ou interesse público. Nesse mesmo sentido, eis o que Baratta considera como política do espetáculo⁸⁹.

O surgimento do direito penal simbólico, por sua vez, deve-se a um contexto de crise do direito penal orientado às consequências. Este cenário, que fatalmente implica efeitos na política criminal, é o que constrói a ideia das funções instrumentais do direito penal. Se o direito penal não é um fim em si mesmo, e sim deve atingir determinados propósitos, é exatamente a partir do momento em que ele não os atinge que ele se torna, progressivamente, mais simbólico. Portanto, é infactível pensar em direito penal simbólico sem considerar o pano de fundo do direito penal orientado às

⁸⁷ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos...* Cit. p. 29.

⁸⁸ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos...* Cit. p. 29.

⁸⁹ BARATTA, Alessando. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico...* Cit. p. 15.

consequências. Afinal, um direito penal internamente orientado, ou como fim em si mesmo, não haveria que se falar em caráter simbólico⁹⁰.

Vê-se, ainda, que o conceito de simbólico contrapõem-se, frontalmente, com o conceito de instrumental. No caso do primeiro, foca-se no discurso falacioso, que não se identifica na realidade. No segundo, por sua vez, prevalece a utilidade prática, ou seja, a verdadeira funcionalidade. Portanto, para a constatação de que uma norma penal se trata de uma norma simbólica, é indispensável o exame de se ela responde à sua funcionalidade, à sua instrumentalidade. Por um processo de refutação, é possível chegar à conclusão de sua natureza simbólica.

Por sua vez, refutar a instrumentalidade de uma norma penal exige que se defina, com precisão, a que a norma penal serve, isto é, qual sua função. Afinal, é na ausência da instrumentalidade que se situa o simbólico no direito penal. Para Hassemer, a instrumentalidade encontra-se na eficácia da norma penal em promover a verdadeira prevenção. Por sua vez, o que é verdadeiramente uma prevenção eficaz, e com ela os pressupostos de justificação de uma regulação penal, é uma pergunta de difícil resposta, e com soluções historicamente variáveis e atualmente difusas⁹¹.

Ainda que as respostas acerca do que se trata uma prevenção verdadeiramente eficaz no âmbito do direito penal sejam diversas, a resposta mais frequente, simples e antiga é: quando protege verdadeiramente o bem jurídico a que visa proteger⁹². No entanto, novamente, deparamo-nos com a ausência de consenso absoluto sobre o conceito de bem jurídico e de sua proteção⁹³, o que configura novo obstáculo para a definição precisa sobre a condição de simbólica da norma penal. É nesta conjuntura, então, que ganha especial atenção a atual crise do direito penal orientado às consequências ou crise da legitimação instrumental da função punitiva⁹⁴, contexto que propicia a ampliação do direito penal simbólico.

⁹⁰ Neste sentido, vide HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos...* Cit. p. 29. E igualmente BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico...* Cit. p. 15.

⁹¹ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos...* Cit. p. 30.

⁹² Neste sentido, vide HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos...* Cit. p. 31.

⁹³ Quanto à discussão sobre as diversas concepções de bem jurídico e de sua utilização para fins de legitimidade da norma penal, vide capítulo II.

⁹⁴ Com relação à crise do direito penal orientado às consequências, vide HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos...* Cit. p. 29. E igualmente Baratta, para quem assistimos hoje a uma crise irreversível da legitimação instrumental dos sistemas punitivos, em

No mesmo cenário de crise de legitimação instrumental da função punitiva, é possível identificar, no direito penal moderno, o fenômeno da expansão do direito penal, particularmente em sua parte especial do Código e em leis penais especiais, as normas incriminadoras têm servido de meio para a atuação meramente política do Estado, visando a responder aos reclames da sociedade quanto aos riscos sociais, entretanto, sem apresentar reais perspectivas de efetividade jurídica⁹⁵. Nas últimas décadas do século XX e no início do século XXI, é possível detectar uma tendência na política criminal, particularmente na Europa, Estados Unidos e países da América latina de se criminalizar condutas relacionadas a bens jurídicos coletivos, apresentando-se como normas de perigo abstrato e delitos de vítimas difusas. Desta forma, além do empobrecimento dos pressupostos da punibilidade, tem-se que o Direito Penal distancia-se do seu propósito inicial de proteção de interesses humanos concretos, para proteção de instituições político-sociais.

Em vista disso, é essencial que a concepção de direito penal simbólico seja traçada a partir de uma problematização da tendência expansionista⁹⁶ da intervenção do direito penal, em especial como forma de resposta aos reclames imediatos da sociedade, configurando-se como mero mecanismo simbólico de resposta política. Afinal, o caráter enganoso do simbolismo vai de encontro aos ideais democráticos de Estado e aos pressupostos constitucionais inerentes à intervenção penal clássica, apresentando, fatalmente, baixo grau de efetividade prática⁹⁷, violando o Estado Democrático de Direito e seu fim último, a própria pessoa humana.

Por conseguinte, tratar do caráter simbólico do direito penal configura-se, sobretudo, como uma forma de denunciar a disfuncionalidade e a crise de legitimidade do direito penal moderno. Trata-se de uma via crítica, que coloca em xeque a verdadeira utilidade das normas penais para a sociedade. Afinal de contas, o direito

BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico...* cit. p. 12.

⁹⁵ Neste sentido, vide SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁹⁶Cf. Hassemer, o Direito Penal, nos últimos tempos, tem ampliado de modo significativo suas intervenções, e assim tem deixado cair a bagagem democrática, a qual é um obstáculo na realização de novas tarefas. HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno Direito Penal*. In Revista de Estudos Criminais, ano 2, n. 8, pgs. 54-68.

⁹⁷ Neste sentido, vide HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 8, out-dez, pp. 41-51, 1994. Para Hassemer, o direito penal moderno caracteriza-se, dentre outras características, por seu déficit de execução.

penal é um meio de exercício de poder estatal evidentemente violento, cujo uso deve ser suficientemente justificado. Deste modo, discutir o simbólico é também uma forma de se debater os limites da expressão do poder punitivo estatal, questionando sua legitimidade. É necessário identificar, ainda, quais as circunstâncias que contribuem para este simbolismo na norma penal, a fim de se poder traçar soluções objetivas.

A questão da crítica sistemática ao direito penal, que ressalte uma busca, em especial, por sua racionalidade, é tratada pelo penalista brasileiro Juarez Tavares, em sua obra *Racionalidad y Derecho Penal*. Tavares traz dois capítulos referentes ao tema do Direito Penal Simbólico, fazendo, na apresentação, um apelo à necessidade de se proceder a uma crítica verdadeiramente sistemática do Direito Penal, em especial no tocante à sua racionalidade ou irracionalidade, sendo que no âmbito da irracionalidade incluem-se os símbolos, mitos, suas contradições, subordinação a fatores políticos e dificuldade de manejar a real função de proteção a bens jurídicos⁹⁸.

Quanto à busca pela racionalidade do Direito Penal, o penalista brasileiro, orientado pela posição da Escola de Frankfurt, reforça a necessidade de se impor limites precisos à intervenção penal no Estado Democrático de Direito. Limites estes que não se atêm, exclusivamente, ao âmbito da aplicação da lei penal, mas, primordialmente, ao da criação das incriminações, ou seja, no que toca à atividade legislativa. Pois, do contrário, se for tomada a noção kantiana de que a lei penal é um imperativo categórico⁹⁹, o processo de racionalização ficará resumido ao que foi produzido pelos legisladores, não havendo qualquer questionamento acerca de sua racionalidade ou, em última instância, legitimidade. Em outras palavras, a discussão acerca da racionalidade e da irracionalidade do direito penal, incluindo-se, nesta segunda, o simbolismo das leis penais, não pode prescindir de uma análise na origem da norma penal, ou seja, sua fase legislativa, onde a lei é, de fato, criada.

Para se alcançar a almejada racionalização da criação das normas penais, segundo o entendimento de Tavares, é indispensável buscar “*desmistificar a fantasia com a qual a teoria jurídica se adorna*”¹⁰⁰ para encobrir a interferência e aparentar que a norma penal é fruto de consenso universal. Isto é, não é possível partir exclusivamente da teoria e da dogmática penal, sem uma consideração acerca do

⁹⁸ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal*. Lima: Idemsa, 2014. p. 13-17.

⁹⁹ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 124.

¹⁰⁰ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 124. Tradução livre do espanhol.

pano de fundo da política criminal que faz parte da genealogia da norma penal. Depois, segundo o autor, indispensável confrontar a norma incriminadora com os preceitos de garantia da pessoa humana, que é, de fato, o fim último de proteção de toda a ordem jurídica¹⁰¹. Todavia, a racionalidade e a racionalização¹⁰², termos que remetem ao racional, à lógica e à ética, não possuem um conceito fechado para Tavares, que questiona, então, quais seriam as normas penais que se enquadrariam nesta definição. Seriam aquelas que expressam a realidade, as que correspondem a um procedimento técnico, as que se ajustam aos sentimentos não confessados de seus emissores e destinatários, as que servem de instrumento para a obtenção de fins políticos, ou, enfim, as que são frutos de um consenso¹⁰³? É possível, ainda, para o autor, atrelar a racionalidade da lei penal ao alcance de suas consequências. Ou seja, uma vinculação à efetividade da norma penal¹⁰⁴, o que remete às funções instrumentais, em contraste com as funções simbólicas. Portanto, o simbolismo está associado diretamente ao caráter irracional da lei penal.

A partir do momento em que as normas criminalizadoras servem exclusivamente de mecanismo da arbitrariedade do poder, é necessário pensar em estratégias de contenção e limites por parte dos cidadãos, que têm o direito de exigir o respeito ao Estado Democrático de Direito¹⁰⁵. Para isso, Tavares sugere um golpe de liberdade¹⁰⁶, que seria um ato de luta e resistência dos cidadãos. Sendo assim, ele propõe duas saídas: ou se abole o Direito Penal, posto que irracional; ou se reformula o Direito Penal com rígidos limites, a fim de se evitar o autoritarismo. Nesta última solução, que parece mais acessível, não se espera que haja a completa exclusão do

¹⁰¹ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 124.

¹⁰² Para Tavares, racionalidade é a capacidade de eleição de meios para alcançar melhores fins, ou seja, uma proposição aristotélica segundo a qual uma conduta é racional se seus fins se identificam com um bem. Racionalização, por sua vez, possuiria quatro acepções: a primeira sobre a redução de uma descrição da realidade a alguns princípios do conhecimento; a segunda, correspondente aos procedimentos organizacionais e tecnológicos de Taylor, que envolve o aumento da produção e a redução de custos; a terceira, segundo a psicologia, que justificaria uma atividade através de coações preexistentes no sujeito; e, por fim, a quarta, derivada da sociologia de Max Weber, que se relaciona aos princípios de uma ação estratégica na sociedade capitalista moderna. TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 125-126. Há, por outro lado, segundo Tavares, uma estratégia dos juristas de se racionalizar aquilo que na verdade é uma norma irracional, dotando-lhe de caráter aparentemente legítimo, a fim de justificar determinada intervenção penal.

¹⁰³ Essas questões são propostas por TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 126.

¹⁰⁴ Em contraponto com a racionalização do direito penal, há uma tendência irracional e emotiva de se requerer intervenção penal e pena, independentemente de real necessidade, o que dialoga diretamente com o conceito de direito penal simbólico de Tavares.

¹⁰⁵ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 141.

¹⁰⁶ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 141.

déficit de racionalidade do Direito Penal, mas pode servir de recurso para contenção do autoritarismo estatal. Trata-se de distanciar-se do simbólico e aproximar-se da funcionalidade do direito penal.

Tavares, reforçando a compreensão de que o direito penal deve ser a *ultima ratio* de atuação estatal, defende que a repressão, expressão de poder que implica grande violência estatal, para ser aceita e aprovada pela população, requer que haja uma crença na utilidade de seu emprego. Cria-se um mito, ou mesmo um monstro, e a crença em sua existência, fortalecida pela comunicação controlada e pela eliminação da contra-informação.

O Direito Penal, assim, vai se nutrendo do mito e do simbólico¹⁰⁷. Volta-se, então, à perspectiva de Hassemer e Baratta, que consideram que só se pode pensar no simbólico em um contexto em que o direito penal seja voltado para consequências. Ou seja, só há simbólico se se parte da ideia da instrumentalidade da pena. E quanto mais se crê nessa instrumentalidade, criando-se expectativas demasiadas sobre sua concretização, mais se abre espaço para a expansão do simbólico. O mito e o símbolo, assim, são, assim, elementos indissociáveis.

Referindo-se a Marx, em sua *Crítica à Filosofia de Estado de Hegel*¹⁰⁸, Tavares afirma que o Estado moderno apropria-se do tema universal como monopólio do poder, sendo que o mito é criado no âmbito do formal, e não do real¹⁰⁹. Cria-se o mito da proteção, de que o direito penal existe para esse fim, mas isto fortalece a ideologia da repressão, sendo que ambos são idealmente vinculados ao bem jurídico como expressão de bem comum e à pena como garantidora da ordem. Esses mitos dão sentido à elaboração normativa, em um tipo de comunicação com as demandas da população, ou melhor, da opinião pública¹¹⁰. Por isso o simbólico está fortemente vinculado a essa relação bilateral entre produção legislativa e assimilação pela população, pois é neste espaço que se criam os mitos, os símbolos e as expectativas sobre a utilidade da norma penal.

O mito, contudo, tem um caráter falacioso, de mentira, engano. É o que ressalta Tavares, pois assim se fortalece uma política criminal populista, legitima-se o poder

¹⁰⁷ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 148-149.

¹⁰⁸ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 148.

¹⁰⁹ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 148.

¹¹⁰ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 149.

punitivo, mas não se atinge os pretendidos fins de proteção ao bem jurídico¹¹¹. Nesse contexto, a linguagem e a comunicação têm papel crucial, pois são as propagadoras do discurso dissimulado, de modo que o recurso a verdadeiras propagandas políticas e divulgação por uma imprensa parcial, ainda mais em um contexto contemporâneo, de intenso fluxo de notícias, contribuem para a consolidação do ideal do medo¹¹². O mito tem, ainda, a capacidade de afastar a racionalidade, devido ao seu caráter emotivo, fazendo com que a proteção penal passe por uma “sublimação”. Assim, as condutas que antes eram combatidas no âmbito do sólido (dano) passam para o gasoso (perigo concreto) e, finalmente, entram no imaginário (perigo abstrato), chegando até à proteção de uma mera atividade exigida (que protege a estabilidade da norma)¹¹³. Quanto mais forte o mito, mais se dispensa a necessidade de comprovação empírica da função da intervenção penal, e mais os discursos legitimadores são abstratos. O monstro se torna um dado retórico, e apelamos apenas ao mito, que implica, enfim, a desintegração da realidade empírica¹¹⁴.

Diante deste trágico contexto falacioso, seria possível chegar a uma conclusão deveras pessimista, que coloca o crítico teórico do direito penal em uma posição de total impotência. Tavares, porém, faz uma defesa deste pessimismo, na posição de quem reflete sobre a verdadeira face do direito penal. Segundo ele, as conclusões pessimistas e apocalípticas não são um mal em si mesmas, quando são o resultado de um processo de degradação individual baseado em mitos¹¹⁵. A crença no mito seria a certeza das portas abertas para o caminho do funeral. De fato, a questão da desilusão com a verdadeira face do Direito Penal, que vende a ideia de herói dos problemas sociais, deixa frustrado aquele que lida com o estudo e a aplicação da lei. Contudo, essa desilusão pode ser o primeiro passo para a crítica, que tem o poder de tirar máscaras e buscar soluções para as falácias do Direito e do poder.

A obscuridade e a tortuosidade para alcançar os elementos que fundamentam a intervenção penal são a prova contundente da falta de racionalidade da mesma, e quanto mais obscuro é o caminho, maior é o medo gerado, segundo Tavares¹¹⁶.

¹¹¹ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 152.

¹¹² TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 152.

¹¹³ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 154.

¹¹⁴ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 154.

¹¹⁵ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 155.

¹¹⁶ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 156.

O medo e o temor, segundo ele, estão diretamente relacionados ao misticismo por detrás da intervenção, e quando isso ocorre, a tendência é se dar mais importância a tal intervenção. Se um dia o homicídio recebeu do legislador a pecha de delito mais relevante do ordenamento jurídico, tendo a pena cominada mais alta, hoje o valor dado – inclusive em grandes operações de investigação da polícia, com sua correspondente repercussão midiática – é muito maior para delitos como lavagem de dinheiro, por exemplo¹¹⁷. Contudo, é necessário buscar tirar as cortinas de incompreensão que o medo carrega, sendo possível enxergar, no caso do combate à lavagem de dinheiro, o movimento internacional que busca, muitas vezes, outros intentos, como o freio ao movimento migratório¹¹⁸. Disso é possível depreender que o mito no Direito Penal não é qualidade exclusiva da irracionalidade legislativa de países em desenvolvimento, mas é bastante presente em países desenvolvidos também¹¹⁹.

Nesse contexto de reflexões críticas, a importante lição de Karl Marx, quanto à reflexão radical, que também é recordada por Tavares, deve ser ressaltada: *“A crítica arrancou as flores imaginárias dos grilhões, não para que o homem suporte grilhões sem fantasias ou consolo, mas para que se desvincilhe deles e a flor viva e desabroche”*¹²⁰.

Questionar a presença de um direito penal com caráter simbólico implica, também, uma análise acerca da legitimidade da norma penal, a fim de se evitar que ela sirva de meio de autoridade e mero exercício de poder, em detrimento dos interesses verdadeiramente democráticos.

O fato de haver uma lei, criada no âmbito do processo legislativo democrático, não é certeza de que a mesma seja legítima, sendo este procedimento apenas uma

¹¹⁷ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 156. De fato, os crimes violentos, reprimidos pelo direito penal clássico, vem perdendo comoção social, que os trata de forma naturalizada ou até mesmo banalizada. Os delitos financeiros, por sua vez, que recebem terminologia como “escândalos” financeiros, promovem uma comoção generalizada na população, o que é também reforçado pelo sensacionalismo midiático. Há também a questão de que a maior parte da população se enxerga como vítima de tais delitos, o que reforça seu vínculo emotivo e reação diante deles.

¹¹⁸ TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal... cit.* p. 156.

¹¹⁹ O historiador uruguaio Eduardo Galeano fala no temor como estratégia do poder autoritário para manipular a população. Seja por meio da divulgação de um risco relacionado de uma epidemia, por exemplo, ou de invasão por inimigos. A questão é que o medo é objeto de um discurso paralisador, que tem a capacidade de fazer com que toda a população apoie determinada medida política ilegítima, como é o caso de determinadas intervenções penais. GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

¹²⁰ MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. 1843. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 146.

evidência disto¹²¹. A uma, pois o há grandes evidências de que o consensualismo está falido – levando-se em consideração os grupos de interesses que possuem poder para pressionar a produção legislativa e diante, igualmente, da falta de representatividade dos legisladores¹²². A duas, pois a criação da lei muitas vezes se afasta sobremaneira dos limites de racionalidade que são exigidos para a legitimidade de uma norma¹²³.

Ainda, é relevante destacar que a identificação das exigências de racionalidade que fazem com que a norma ou lei penal seja legítima ou não deve estar a cargo da Academia, afinal, se essa atividade fosse atribuída ao Estado, provavelmente ele defenderia todas as suas normas como legítimas¹²⁴. O controle racional deve ser externo. De fato, sequer os aplicadores de direito, quais sejam, todos os que participam do sistema penal, policiais, Ministério Público e Juízes, que ainda são muito vinculados ao positivismo, têm a devida atenção para isso, pois eles aplicam as leis em vigência sem maiores considerações acerca de sua legitimidade, fazendo valer, como legítimas, as decisões legislativas.

O exame do simbolismo da lei penal, que também passa pelo questionamento sobre sua legitimidade, deve partir de uma comparação entre os objetivos declarados ou manifestos e os objetivos ocultos ou latentes¹²⁵. A falta de correspondência entre estes objetivos reforça o simbolismo do direito penal.

Os objetivos manifestos implicam a crença em um mito¹²⁶, pois não há comprovação empírica convincente que confirme que, de fato, o Direito Penal atinja os fins de proteção do bem jurídico, de prevenção geral do delito ou mesmo de ressocialização¹²⁷. Nessa linha, seria possível arriscar, de início, que o Direito Penal

¹²¹ TAVARES, Juarez. *Objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Cit. p. 44.

¹²² TAVARES, Juarez. *Objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Cit. p. 50.

¹²³ TAVARES, Juarez. *Objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Cit. p. 45.

¹²⁴ Neste sentido, vide TAVARES, Juarez. *Objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Cit. p. 50. Para Tavares, se o Estado for o detentor do privilégio de dizer que o que é racionalidade, por meio da legalidade, cairíamos em um ciclo vicioso, no qual tudo que fosse legal, seria legítimo e racional. Por isso também é que, segundo o autor, o princípio da legalidade, na atualidade, é mais “vilão” do que “herói”.

¹²⁵ Neste sentido, vide TAVARES, Juarez. *Objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Cit. E, igualmente, HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos...* cit.

¹²⁶ Vide TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal...* cit.

¹²⁷ Neste sentido, vide BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico...* cit. p. 12-13.

como um todo teria uma carga eminentemente simbólica. Porém, para Tavares, é necessário concentrar-se na discrepância entre os objetivos manifestos/diretos e os ocultos/latentes, o que é capaz de dar lugar à discussão em torno da questão da ilegitimidade das normas penais e do interesse na sua legitimação simbólica. Ou seja, quanto maior essa discrepância, maior o recurso ao apelo simbólico¹²⁸.

Por outro lado, não apenas a lei penal pode se revestir de um véu simbólico, mas também as próprias construções teóricas doutrinárias. A doutrina busca, em geral, explicar racionalmente as intervenções penais em determinado contexto, e quanto mais difícil for essa racionalização, mais ela terá oportunidade de acessar justificativas de natureza simbólica. Desta forma, presta-se um serviço de convencimento dos destinatários não apenas que a norma penal é legítima, mas também que ela é útil, promovendo, de fato, resultados concretos no mundo real. Por isso o simbólico está normalmente atrelado às justificativas da intervenção penal, da lei penal, que é emanada no processo de criação legislativa, e que precisa, para comunicar-se com os destinatários, revestir-se de fundamentos racionais¹²⁹. Deste modo, é necessário se questionar até mesmo a respeito das teorias que buscam explicar as normas penais, pois nem elas estão isentas de representações simbólicas e discursos de legitimação.

Encontra-se, com frequência, na doutrina uma lista de exigências que deve ser atendida para conter o déficit de legitimidade das normas incriminadoras, tais como menciona Tavares: a necessidade de lesão do bem jurídico, a clareza e a taxatividade dos enunciados, da observância dos princípios da fragmentariedade, da intervenção mínima e na humanidade e necessidade da pena e a idoneidade da intervenção¹³⁰. Contudo, tais parâmetros não dizem respeito diretamente à questão da legitimidade concernente à criação da norma penal. O doutrinador penal que visa, de fato, conter

¹²⁸ TAVARES, Juarez. *Objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Cit. p. 44.

¹²⁹ TAVARES, Juarez. *Objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Cit. p. 44-45. Baratta também considera que boa parte das teorias sejam de caráter legitimador da intervenção penal. Para ele, até mesmo as teorias que limitam a intervenção penal, pelo fato de admitir que parte da intervenção penal é legítima, ainda assim é capaz de legitimar a intervenção penal. Inclusive a própria teoria pessoal do bem jurídico, considerada como fortemente crítica. BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico...* cit. p. 7.

¹³⁰ TAVARES, Juarez. *Objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Cit. p. 47.

o poder punitivo, deve se dispor a versar acerca do momento do nascimento da norma penal, pois depois de criada, certamente é muito mais difícil pensar em estratégias de contenção da aplicação da mesma, no caso de sua ilegitimidade.

O método de verificação da legitimidade, utilidade e instrumentalidade da norma penal, ou seu caráter simbólico, deve passar, portanto, pelo confronto empírico entre os objetivos manifestos e os verdadeiros efeitos da norma penal. Todavia, não pode prescindir de uma análise na própria origem, no momento de criação legislativa desta norma penal. Isto é, o simbólico seria, de fato, a contraposição do empírico¹³¹, residindo no âmbito do puro discurso, porém distante de resolver problemas sociais, de fato. E esse discurso, a seu turno, pode ser apreendido no momento de criação da norma, em que se estabelece a comunicação entre o legislador e a opinião pública, em que se produz uma resposta legal para algum problema social, seja visando de fato resolvê-lo – o que seria a função instrumental do direito penal – seja visando apenas responder simbolicamente a algum reclame da população.

E é por isso que as técnicas de produção legislativa presentes na tendência contemporânea da política criminal, incluindo delitos de perigo, especialmente o perigo abstrato, constituiria a modalidade exemplar da utilização de um símbolo, pois utiliza-se um perigo presumido, um discurso de perigo, como meio de justificação e legitimação da incriminação, sem contudo mostrar-se minimamente viável a demonstração de sua eficácia na realização dos fins do direito penal¹³². Volta, inclusive, na questão do medo, pois não se trata de um dano verificável, mas uma projeção futura sobre a possibilidade de lesão de um bem jurídico por meio de uma conduta. Portanto, a análise do simbolismo da lei penal não passa exclusivamente pelo bem ou valor a que visa tutelar a norma, mas também pela forma como essa norma penal é criada, sua estrutura. Todos estes aspectos são reflexo de uma tendência simbólica da política criminal.

O simbólico seria, ainda, um instrumento do legislador que, politicamente, busca legitimar seus objetivos que se encontram por detrás da manifestação da legalidade. O emissor da norma usa de seu mandato para não exatamente resolver

¹³¹ TAVARES, Juarez. *Objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Cit. p. 48.

¹³² TAVARES, Juarez. *Objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Cit. p. 48.

as questões do Direito Penal – promover a proteção de bens jurídicos – e sim para confundir o destinatário, fazendo crer que persegue os objetivos manifestos, quando, na verdade, busca atingir objetivos ocultos. Seria, assim, o recurso a um discurso falacioso, que induz ao erro¹³³.

Outro complexo inconveniente que é indissociável do emissor da norma e que deve ser problematizado é aquela acerca do consenso, tema indissociável do contexto da Democracia e do papel do legislador.

Há, em geral, a impressão de que a decisão legislativa democrática, feita conforme votação da maioria, implica alto grau de legitimidade, o que volta à questão do papel da lei como garantia do cidadão. Ocorre que não é possível admitir com tamanho reducionismo que as leis penais sejam expressão de um consensualismo puro e ideal, quando, na verdade, está-se falando de uma sociedade absolutamente desigual, com grande exclusão social e de uma representação bastante questionável, no âmbito do poder legislativo¹³⁴. Inclusive, esta poderia ser considerada como uma das causas de tanta distorção e seletividade no âmbito da repressão penal. Afinal, os grupos de interesses, principalmente aqueles dotados de poder socioeconômico e maior representatividade no Congresso, são capazes de realizar pressão política para a criação de certas leis penais em detrimento de outras, o que é totalmente incompatível com a ideia de um sociedade organizada, democrática, livre e igualitária. As incriminações partem de decisões políticas, e tais decisões são mais fundadas em um dissenso do que em um consenso¹³⁵, o que pode reforçar o caráter simbólico, ocultando interesses políticos ocultos em uma ou outra incriminação.

O empirismo necessário para a racionalização e legitimação de uma intervenção criminal implica bons argumentos científicos – sociológicos, filosóficos, econômicos. O simbólico, por outro lado, implica mais argumentos políticos, emotivos, irracionais. A racionalidade estaria presente na ciência, enquanto os argumentos políticos, baseados muitas vezes em emoção, senso comum, interesses individuais em detrimento de coletivo, seriam uma forte expressão da irracionalidade. Diante

¹³³ TAVARES, Juarez. *Objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Cit. p. 49.

¹³⁴ TAVARES, Juarez. *Objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Cit. p. 50.

¹³⁵ TAVARES, Juarez. *Objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Cit. p. 50-51.

disso, representantes das escolas abolicionistas da pena dizem que está-se diante de um beco sem saída, que exigiria a abolição do Direito Penal¹³⁶. Essa alternativa, contudo, é bastante rechaçada com base em argumentos simbólicos e não empíricos – como manteríamos a ordem sem um Direito Penal? O imaginário coletivo é capaz de imaginar perigos e riscos abstratos, mas não é capaz de imaginar a abolição de um Direito Penal, que tem se mostrado tão irracional e ilegítimo.

Desta maneira, é possível compreender que a discussão sobre o direito penal simbólico perpassa, também, pela questão do poder¹³⁷.

Para a criação de uma norma penal, o Estado imbui o legislativo de poder decisório para ampliar ou recrudescer a intervenção penal. O emprego do poder, contudo, não é necessariamente legítimo, podendo ser, igualmente, dotado de simbolismo.

O sociólogo francês Pierre Bourdieu, em sua obra *“O poder simbólico”*, reflete sobre as diversas formas de manifestação simbólica do poder¹³⁸. Para ele, o poder simbólico é um poder de construção de realidade¹³⁹. Criam-se ideologias, que por sua vez servem a interesses particulares, embora se apresentem como interesses universais, comuns ao conjunto do grupo, o que legitima a ordem estabelecida e desmobiliza as classes dominadas, que têm falsa consciência¹⁴⁰. O que Bourdieu defende é que o poder que antes era exercido socialmente por meio de violência vem sendo paulatinamente substituído pelo poder simbólico, que possui uma vinculação inegável com o discurso e a luta no campo da tomada de posições ideológicas. Ademais, neste processo, a dominação de uma classe de poder vem acompanhada de uma crença em sua legitimidade¹⁴¹. Para Bourdieu:

“O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão de mundo e, deste

¹³⁶ TAVARES, Juarez. *Objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Cit. p. 52.

¹³⁷ Para Baratta, o sistema de controle é objeto de uma construção social e institucional que reflete a dinâmica dos conflitos, bem como das relações de poder entre os atores envolvidos. Ou seja, as criações legislativas não partem de um mero consensualismo ou busca racional para as melhores respostas para os problemas sociais. BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico...* cit. p. 7.

¹³⁸ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. 13ª ed - Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2010.

¹³⁹ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico...* cit. p. 9.

¹⁴⁰ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico...* cit. p. 10.

¹⁴¹ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico...* cit. p. 11.

modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário”¹⁴².

Isto significa dizer que a conquista do poder simbólico dispensa o uso da força física, mas reveste-se de discurso e de crença, o que faz com que os que lhe estão sujeitos ignorem sua arbitrariedade. Enquanto o uso da força transparece sua arbitrariedade, o uso do poder simbólico, do discurso, conta com certa passividade daqueles que estão sujeitos a ele, justamente por não enxergarem sua arbitrariedade. Bourdieu considera que o poder simbólico implica uma transubstanciação das relações de força, fazendo ignorar a violência que essas relações implicam, de forma objetiva, transformando-as em poder simbólico, capaz de produzir efeitos no mundo real sem gasto aparente de energia¹⁴³.

Hassemer trata da questão do Direito Penal simbólico e da tutela de bens jurídicos em sua obra como foco principal da discussão acerca da legitimidade da intervenção penal. Para ele, processar criminalmente, condenar e aplicar pena são

¹⁴² BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico...* cit. p. 14.

¹⁴³ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico...* cit. p. 15. Para Bourdieu, a crença no poder simbólico, que não enxerga nele força ou violência, atribui legitimidade às palavras e àquele que as pronuncia, sem qualquer reflexão sobre a verdadeira competência ou conteúdo das palavras. Para que haja a destruição da imposição deste poder simbólico, por sua vez, o sociólogo defende que é necessária uma tomada de consciência do arbitrário, revelando-se a verdade objetiva e aniquilando-se a crença, cf. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico...* cit., p. 142. Por detrás da produção da visão do mundo social, imposta de maneira aparentemente legítima, há uma luta simbólica. Nessa luta, os agentes envolvidos utilizam-se de seu poder. O que ocorre, segundo Bourdieu, é que o ato de imposição operada por um mandatário do Estado, detentor do monopólio da violência simbólica legítima, tem a seu favor a força do coletivo, do consenso, do senso comum, como se o ponto de vista do representante do Estado fosse plenamente autorizado. É por isso que as análises da luta política devem ter como fundamento as determinantes econômicas e sociais da atuação política, a fim de se evitar a naturalização dos mecanismos sociais que produzem quais os agentes políticos determinarão as leis, cf. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico...* cit. p. 146. É importante, portanto, compreender que a política tem desigual distribuição dos instrumentos de produção de uma representação do mundo social, de modo que a formulação de programas, conceitos e soluções, todos eles, estão sujeitos a uma linguagem altamente simbólica e distante dos verdadeiros interesses dos cidadãos comuns, que se reduzem ao status de meros consumidores das normas. O campo das decisões políticas, que inclui a produção de leis e, portanto, também a criação de normas penais, é, assim, espaço aberto para o exercício do poder simbólico. Há uma concorrência pelo poder de falar e agir em nome de uma parte ou da totalidade dos representados. Contudo, a força das ideias propostas mede-se, em sintonia com o entendimento de Bourdieu, não como no terreno da ciência, pelo seu valor ou grau de verdade, mas sim pela força de mobilização que elas encerram, do grupo que as reconhece, cf. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico...* cit. p. 163. Com razão Bourdieu ao considerar que, em política, “*dizer é fazer*”, isto é, fazer crer que se pode fazer o que se diz. É por isso que o poder simbólico implica, em geral, um crédito, uma autoridade, uma confiança, conferida por aqueles que são sujeitos a ele. Trata-se, afinal, de um poder que existe somente porque aquele a que lhe está sujeito crê nele. Uma crença que mais do que confiança, por sua irracionalidade, implica verdadeira fé.

fatos que têm raízes demasiado profundas em nossas experiências pessoal e social, para que possamos aceita-los tranquilamente como mero símbolos¹⁴⁴. Por isso, afirma que “o assunto é sério”¹⁴⁵.

Hassemer destaca, ainda, na nova Criminologia, diversas referências a símbolos: *labelling approach*, criminologia crítica, interacionismo simbólico. Todos eles insistem na tese de que a criminalidade não é um fenômeno pré-determinado e objetivamente apreensível, mas sim o resultado de diversas interações sociais, em que os legisladores participam de forma produtiva, e nos quais a rotulação e a estigmatização da pessoa afetada são o foco¹⁴⁶. Hassemer ressalta também, que diversos doutrinadores – em especial Hans Ryffel e Peter Noll – assumem que em todo ordenamento jurídico é possível encontrar simbologia e que leis com caráter puramente simbólico não são uma raridade. Diz, ainda, que chegar a essa conclusão é algo praticamente óbvio, já que as provas são múltiplas¹⁴⁷.

O representante máximo da escola de Frankfurt defende, do mesmo modo, que o simbolismo se manifesta nas leis penais de diversas formas, até mesmo por meio do apelo moral, buscando educar e sensibilizar as pessoas ou impor valores de natureza moral ou religiosa (como seria o caso da criminalização do aborto)¹⁴⁸.

Segundo o mesmo autor, o conteúdo simbólico da norma penal se torna ainda mais evidente quando há uma crença exacerbada no caráter preventivo da pena, pois acredita-se que a norma é capaz de difundir um modelo de vida e comportamento, apoiando-se a criação de novos tipos penais, o que é bastante comum como tendência no direito penal moderno¹⁴⁹.

Para Hassemer, o abandono da função absoluta da pena e a incorporação da função relativa teve papel significativo nesse ponto, pois se crê que a pena não é um fim em si mesma, mas que tem a capacidade de dissuadir (ou promover) determinados

¹⁴⁴HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 209-210.

¹⁴⁵HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 210. Para exemplificar a gravidade do uso de símbolos pela norma penal, Hassemer menciona a legislação de abstinência norteamericana, conhecida como “Lei Seca”, na qual foi possível deparar-se com o fenômeno dos empresários morais e das “cruzadas simbólicas”, sendo que a lei penal tinha a função de encobrir culturas e morais que representavam um estilo de vida específico, sem contudo partir de uma legitimação e fundamentação quanto às verdadeiras funções do direito penal.

¹⁴⁶HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 211.

¹⁴⁷HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 212-213.

¹⁴⁸HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 213.

¹⁴⁹HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 215.

comportamentos humanos. Hassemer reforça a compreensão de que é nessa crença nos fins da pena, ou seja, na capacidade do direito penal de realizar seus fins instrumentais, que reside o simbólico¹⁵⁰.

O penalista alemão ressalta que o tema do simbolismo no direito penal é tratado, de modo geral, de forma superficial, esparsa e predominantemente resumida, sem a devida atenção que lhe deveria ser dispensada¹⁵¹. Para ele, a dicotomia essencial para a compreensão do fenômeno do simbolismo no Direito Penal trata-se daquela existe entre o manifesto e o latente. O manifesto seria o aparente, e o latente o realmente realizado. O simbólico traria, assim, sempre uma ideia de ilusório. O autor menciona, ainda, a concepção de Hegenbarth, o qual opõe a afirmação simbólica da pretensão da norma a garantia de sua observância. Cita também Hill, que, por sua vez, alude a lei que não está mais em condições transformadoras da sociedade. Ryffel, igualmente mencionado por Hassemer, suscita a conotação de simbólico com os efeitos latentes da lei. Noll, ainda nesta recapitulação, rivaliza as intenções do legislador com os efeitos práticos da lei. E, finalmente, Amelung, para Hassemer, contrasta prestígio com efetividade¹⁵².

O elemento de ilusão do simbolismo é, para Hassemer, em geral, a divulgação da ideia de tutela de bens jurídicos¹⁵³. Esta é, afinal, a grande propaganda do Direito Penal, como um todo, com grande apelo simbólico e fortemente aceito pela população. Por isso, Hassemer considera que contrastar as funções latentes e manifestas não basta para a identificação de um direito penal simbólico, já que, na modernidade, todo o Direito Penal é composto por esse caráter concomitante¹⁵⁴. Para que o direito penal simbólico seja realmente visto como um fenômeno, em especial um fenômeno prejudicial à legitimidade e à compatibilidade da norma penal com o Estado Democrático de Direito, ou, nas palavras de Hassemer, um fenômeno vergonhoso ou perigoso, é necessário haver um antagonismo mais profundo. É necessário buscar argumentos para confirmar a hipócrita dissimulação da efetividade

¹⁵⁰HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 215.

¹⁵¹HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 217.

¹⁵²HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 217-218.

¹⁵³HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 220.

¹⁵⁴HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 220.

legal e da instrumentalidade. É necessário, enfim, provar que a norma não é digna de confiança¹⁵⁵.

O simbólico, na compreensão crítica anunciada por Hassemer, consistiria, portanto, em um:

“(...) atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma”¹⁵⁶.

Para essa análise, fundamental é, portanto, definir do que se tratariam, com precisão, as funções manifestas da norma penal.

Para Hassemer, as funções manifestas tratam daquelas concretizações da norma que sua própria formulação enuncia, ou seja, no caso da norma penal, a proteção do bem jurídico que ela diz tutelar¹⁵⁷. Por sua vez, para o mesmo autor, as funções latentes são variadas e multiformes, sendo diferentemente tratadas na doutrina, tratando-se de uma satisfação de necessidade de ação por parte do legislador, até um apaziguamento da população ou, até mesmo, a demonstração de um Estado forte¹⁵⁸. É necessário compreender, contudo, que o que faz com que uma norma seja de fato eficaz implica diversas condições objetivas postas à sua disposição para a concretização instrumental. Este é o entendimento de Hassemer, para quem a prevalência das funções latentes implica uma ilusão ou dissimulação¹⁵⁹.

Em outras palavras, compreender o que leva a norma penal à sua eficácia requer uma compreensão de todas as condições sociais, econômicas e políticas, desde a sua criação até o momento de sua aplicação. E é por isso que, mais uma vez, o autor alemão propõe que a origem do direito penal simbólico encontra-se na crise do direito penal voltado às consequências, ou seja, à função preventiva geral, o que se coaduna com a posição de Tavares e de Baratta.

Segundo ele, o simbólico ganha força na medida em que o legislador faz um discurso de que a cominação de pena a determinada conduta (ou seja, a incriminação) tem o poder de fato para evitar o delito (e conseqüentemente a lesão ao bem

¹⁵⁵HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 220.

¹⁵⁶HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 221.

¹⁵⁷HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 221.

¹⁵⁸HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 221.

¹⁵⁹HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 221.

jurídico)¹⁶⁰. Esse discurso faz parte da Política Criminal moderna, que é carregada da ideologia punitivista – e do recurso ao Direito Penal muito além da ultima ratio, o que se reafirma na tendência do expansionismo penal¹⁶¹.

Como decorrência lógica do estudo do direito penal simbólico, é necessário tratar do tema da função instrumental do direito penal. Assim, é possível destacar aquilo que não corresponde a referida função. E, nesta esfera, que contempla os limites de atuação legítima do direito penal, imperioso concentrar a devida desvelo ao conceito de bem jurídico, que vem sendo, já há algum tempo, a grande teoria norteadora da norma penal.

As diversas teorias do bem jurídico, as quais dedica-se um especial espaço no próximo capítulo – ao debater, especificamente, a questão da Lei de crimes contra o Sistema Financeiro – focam na mensagem central do fornecimento de um parâmetro negativo e crítico da Lei, ao mesmo tempo em que configura uma condição para sua aptidão crítica.

Neste contexto, acerta Hassemer ao proclamar que, quanto mais vago é o conceito de bem jurídico, e quanto mais objetos ele compreende, mais difícil atingir sua suposta função preventiva e maior a chance de se admitir um Direito Penal simbólico¹⁶². Afinal, se o conceito de bem jurídico não for restrito, sua proteção igualmente não o será, e não haverá como destacar as normas de fato orientadas à proteção de um bem jurídico daquelas que não o são – e se estas, de fato, se tratariam de normas penais simbólicas¹⁶³.

Outro tema de relevo que deve ser considerado na análise do simbolismo da norma penal, por detrás da tendência contemporânea da política criminal, é, para Hassemer, a ideia do controle dos riscos¹⁶⁴. De fato, diversos autores

¹⁶⁰HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 221-222.

¹⁶¹Termo levado em destaque especialmente em SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal...* cit.

¹⁶²HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 224.

¹⁶³Por isso, inclusive, a questão do simbolismo ou não da Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro depende intrinsecamente da discussão sobre o bem jurídico protegido, pois, a depender do conceito que abarca o termo “bem jurídico”, é possível tudo nele incluir. Como exemplo dessa abertura do conceito de bem jurídico, Hassemer menciona os bens jurídicos chamados “universais”, que possuem grande vagueza e dificuldade de comprovação empírica, tais como Economia, meio ambiente, tributação e drogas, conforme HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 224. Disso decorre, então, uma dificuldade de limitação da função instrumental do direito penal, e implica grande dificuldade na identificação de seus elementos simbólicos.

¹⁶⁴HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 225-226.

contemporâneos identificam que política criminal moderna vem se ocupando de prevenir riscos que são incrementados por ocasião do desenvolvimento tecnológico e das sociedades¹⁶⁵. Preocupa-se com riscos, e não com a verdadeira lesão de bens jurídicos, ou sequer com sua colocação em concreto perigo. Segundo a analogia de Hassemer, o Direito Penal deixa sua modesta casinha de paz liberal, no mínimo ético, para se tornar um poderoso instrumento de domínio de grandes perturbações sociais ou estatais¹⁶⁶. Corroborando a ideia anteriormente mencionada de Hassemer, de que maiores expectativas sobre a função da pena implicam maior espaço para o surgimento de um direito penal predominantemente simbólico, atribuir ao direito penal a gestão dos novos riscos da sociedade moderna é, portanto, uma nova porta que se abre para a multiplicação da legislação penal simbólica.

O direito penal, para Hassemer, é um aparelho estatal pesado, anacrônico e desigualmente fraturado em suas possibilidades¹⁶⁷. Ele atua, apenas, após a consumação do fato, perdendo o grande potencial de atuar preventivamente – diferentemente de um controle administrativo, por exemplo.

O autor alemão considera, assim, que quando o legislador não tem mais forças ou justificativas no direito penal clássico para promover a intervenção penal, ele recorre, inevitavelmente a meios ilegítimos de intervenção, no qual se insere o direito penal simbólico¹⁶⁸. Portanto, inevitavelmente, ao criar uma legislação penal simbólica, o legislador acaba transpondo os limites do direito penal clássico, seja por meio de normas penais que visam controlar riscos, seja por meio da técnica dos delitos de perigo abstrato – desprezando princípios como o da imputação, culpabilidade e causação de dano¹⁶⁹. De modo geral, esses princípios estão diretamente relacionados com o exame empírico acerca da colocação em perigo ou lesão do bem jurídico tutelado. Por isso seu desrespeito se relaciona de forma significativa do conceito de direito penal simbólico – que se distingue das funções instrumentais do direito penal.

Assim, Winfried Hassemer, conclui que o direito penal simbólico implica a produção de leis e a aplicação da norma penal como verdadeiro blefe: abre-se mão das funções manifestas em favor das latentes, traido as tradições liberais do Estado

¹⁶⁵Neste sentido, entendem Hassemer, Tavares e Baratta. Cf. op. Cit.

¹⁶⁶HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 227.

¹⁶⁷HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 227-228.

¹⁶⁸HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 228.

¹⁶⁹HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 227-229.

de Direito, em especial o conceito de proteção de bens jurídicos. Este blefe é capaz, então, de fraudar a confiança da população na tutela penal e é um nefasto efeito colateral do direito penal moderno, sendo um fenômeno ligado à crise deste. O direito penal simbólico implica funções ilusionistas, fracassando em sua tarefa político criminal de Estado de Direito¹⁷⁰.

Na Espanha, José Luiz Díez Ripollés, também desenvolve profundo estudo sobre a noção de Direito Penal simbólico. Essa concepção é bastante original e, por isso, algo distinta daquela exposta por Hassemer e Tavares.

O recém referido professor espanhol José Luis Díez Ripollés, trata do Direito Penal Simbólico, especialmente em “O Direito penal simbólico e os efeitos da pena” e “A racionalidade das leis penais, teoria e prática”.

O catedrático de Direito Penal da Universidade de Málaga, defende que os efeitos simbólicos são inerentes ao Direito Penal, e que tais efeitos contribuem, em certa medida para a consecução de seus fins. Com efeito, há uma profunda discussão acerca da natureza dos efeitos simbólicos e de sua legitimidade ou não. Contudo, o autor busca, igualmente, fazer uma análise fria e imparcial, revelando possíveis pontos positivos do recurso ao simbólico na efetiva proteção de bens jurídicos e na manutenção da ordem social¹⁷¹.

Díez Ripollés considera que os efeitos simbólicos são inerentes ao direito penal, mas assume que tais efeitos podem ser utilizados não apenas para se afastar, mas, em alguns casos, também para contribuir para a consecução dos fins preventivos da pena. Por isso, uma análise maniqueísta seria prejudicial para a compreensão adequada do tema. Segundo o autor espanhol, a questão do simbolismo na lei penal é tratada pela política criminal predominantemente como crítica, sob a alegação de que seu emprego desqualifica as decisões legislativas incriminadoras que careceriam dos fundamentos materiais justificadores de sua adoção, desviando dos verdadeiros fins do Direito Penal¹⁷².

¹⁷⁰HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política...* cit. p. 230.

¹⁷¹ Vide DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *A racionalidade das leis penais - teoria e prática*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2005. e DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz Díez. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXV, núm. 103, janeiro - abril, 2002, pp. 409-447.

¹⁷² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 64.

Com efeito, Díez Ripollés ressalta que a política criminal não pode fechar os olhos para o direito penal simbólico, haja vista que ele tem sido a grande tendência contemporânea na criação legislativa, fenômeno que ele identifica na Europa¹⁷³, mas que pode ser, igualmente, percebido no Brasil. E esse fenômeno ocorre concomitantemente com o avanço dos meios de comunicação social, que incorporam a participação da população na formação da opinião pública sobre os rumos políticos¹⁷⁴. A participação na democracia, a acessibilidade das decisões políticas e a pressão pública intensificaram-se com o desenvolvimento da comunicação sobre os complexos temas sociais, mas há também a brecha para o oportunismo mercadológico e da manipulação midiática de interesses de grupos de poder¹⁷⁵. Isso pode levar a uma parcialidade ideológica na veiculação de notícias e programas de governo, bem como a possíveis ocultamentos e falseamento de dados – justamente com o fito de formar determinada opinião pública¹⁷⁶.

Para Díez Ripollés, a superação desta influência perniciosa do senso comum e da opinião pública, muitas vezes emotiva, na política criminal, está na racionalização da criação legislativa¹⁷⁷. Seria necessário, assim, fomentar a participação do direito e do direito penal na racionalização da produção legislativa, o que pode ser feito, a princípio, pelo deslocamento do estudo crítico do direito penal do âmbito exclusivo de sua aplicação para o âmbito de sua criação – a gênese da norma penal. A técnica legislativa penal carece, assim, de uma racionalização. E, para tal, o primeiro passo é compreender a natureza e o modo de operar do direito penal simbólico, fazendo uma profunda análise sobre a realidade, para, posteriormente, passar para a análise das condições necessárias para sua legitimação¹⁷⁸.

Díez Ripollés, assim como Tavares e Hassemer, contrapõem os efeitos simbólicos aos efeitos instrumentais da norma penal¹⁷⁹. Tais efeitos instrumentais seriam vinculados à verdadeira função do direito penal, qual seja, a proteção dos bens jurídicos. Para haver uma real instrumentalização, segundo ele, deve haver a capacidade da lei penal de modificar a realidade social por meio da prevenção,

¹⁷³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 64.

¹⁷⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 64-65.

¹⁷⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 65-66.

¹⁷⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 66.

¹⁷⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 66.

¹⁷⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 66-67.

¹⁷⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 67-68.

evitando comportamentos indesejados. Sendo assim, por eliminação, os efeitos simbólicos estariam relacionados à transmissão para a sociedade de certas mensagens ou conteúdos valorativos, sendo que sua influência ficaria limitada ao âmbito das mentes, por meio de emoções ou representações mentais. Ou seja o direito penal simbólico não teria a capacidade, efetivamente, de modificar a realidade social, nem sequer de proteger o bem jurídico¹⁸⁰.

Nada obstante, Díez Ripollés assente com a admissibilidade dos efeitos simbólicos, desde que eles possam contribuir para os fins instrumentais, já que seriam capazes de promover uma mudança preliminar de mentalidade dos destinatários da norma¹⁸¹. Contudo, diversos autores consideram-no inadmissível, por ser incapaz de ser considerado legítimo, mesmo que, em algumas situações, pareça inevitável. A opinião de Ripollés é de que concluir pelo descrédito absoluto do direito penal simbólico pode ser apressado, pois é possível depreender dele algum tipo de contribuição à própria proteção de bens jurídicos¹⁸².

A partir desta abertura à possibilidade de existência legítima dos efeitos simbólicos da lei penal, Díez Ripollés propõe uma nova dicotomia terminológica, a fim de escapar do provável aspecto pejorativo do termo “simbólico”: os efeitos expressivos-integradores e os efeitos materiais. Os primeiros seriam aqueles que produzem impacto na consciência, emoções e sentimentos das pessoas. Já os segundos, os instrumentais, teriam efeitos concretos na prevenção do crime¹⁸³.

A ideia que Díez Ripollés busca exprimir por meio do termo “efeito expressivo-integrador” é o foco na questão da consciência e dos valores dos indivíduos, expressando-se valores e integrando com a consciência do indivíduo, promovendo, assim, um efeito intimidatório¹⁸⁴. Remete a certo tipo de função pedagógica da lei penal e na crença de seu potencial preventivo geral negativo. Contudo, recordando a lição de Tavares, esta especulação pode incorrer no distanciamento da comprovação empírica, o que reforça o caráter simbólico e, conseqüentemente, ilegítima da intervenção penal¹⁸⁵. É interessante, porém, a metodologia adotada por Díez Ripollés,

¹⁸⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 68-69.

¹⁸¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 68.

¹⁸² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 68.

¹⁸³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 69.

¹⁸⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 69.

¹⁸⁵ Neste sentido, vide TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* cit.

de não partir de uma conclusão absoluta, movido por pré-concepções. Ele ressalta a visibilidade social de um bem jurídico na consciência coletiva a partir da existência da tutela penal. Ou seja, seria uma oportunidade de se educar ou conscientizar a população no tocante a certos comportamentos lesivos a bens jurídicos. O inconveniente desta visão, contudo, reside no abuso ou excesso na criação legislativa, quando, na verdade, promove a intervenção penal ilegítima em casos em que sequer existe bem jurídico tutelado ou em que a conduta sequer o lesione ou o coloque em real perigo. Por isso, aparentemente, abrir mão do termo “simbólico” pode significar uma neutralização do caráter crítico que ele carrega.

Díez Ripollés propõe, igualmente, a substituição do termo “efeitos instrumentais” para “efeitos materiais”, argumentando que os supostos efeitos instrumentais não deteriam o monopólio da instrumentalidade ou utilidade, não fazendo jus ao nome¹⁸⁶. Essa distinção ganha especial importância, na medida em que os motivos utilitários da pena são usados como principal argumento de legitimação das decisões político-criminais. Isto é, fundamenta-se a norma penal por sua utilidade social, cujo destaque é dado para que se evite a lesão aos bens jurídicos protegidos pela norma¹⁸⁷.

A função expressiva da pena, para Díez Ripollés, que se destaca da função material, implica questões relativas ao controle social e à consciência coletiva de comportamentos devidos. Trata-se de representações mentais, de efeitos psicossociais preventivos ou intimidatórios. Implica dizer que a pena não é direcionada exclusivamente ao suposto delinqüente, mas a toda a sociedade¹⁸⁸.

Feita essa análise preliminar, Díez Ripollés concentra-se, finalmente, no conceito do direito penal simbólico, afirmando que o denominador comum entre os doutrinadores é de que, no âmbito do simbólico, predominam os efeitos expressivos com a natureza de engano¹⁸⁹. Ou seja, para ele, haveria sim efeitos expressivos benéficos, ou úteis, no sentido de intimidação e prevenção do delito. Mas haveria, em contrapartida, os efeitos expressivos eminentemente simbólicos. Nestes, o engano seria o protagonista, pois diz-se buscar algo que, na verdade, não busca¹⁹⁰. Portanto,

¹⁸⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 70-71.

¹⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 71.

¹⁸⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 70.

¹⁸⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 85.

¹⁹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 85-86.

o elemento simbólico apenas é pernicioso, para Díez Ripollés a partir do momento em que se trata de um efeito expressivo que, ao invés de contribuir para a função preventiva do delito, a partir de uma pedagogia, uma instrução, uma conscientização, signifique, tão somente, o cumprimento de funções latentes¹⁹¹. Vê-se, desta forma, que uma questão de grande relevo para o autor seria aquela relativa à utilidade ou não do efeito expressivo.

Outro ponto destacado por Díez Ripollés é relativo a não observância, por parte do direito penal simbólico, das decisões político-criminais que fundamentam a pena:

“El denominado ‘derecho penal simbólico’ constituye un caso de superación de los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal. Se caracteriza de modo general porque se producen a través de la pena efectos sociopersonales expresivo-integradores que carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones políticocriminales que fundamentan la pena”¹⁹².

Não obstante a caracterização do direito penal simbólico, Díez Ripollés toma o cuidado de referir-se a uma compreensão *gradual* ou de *dosagem* da carga simbólica na lei penal. Uma intervenção penal pode ter uma pequena carga de direito penal simbólico, muita carga ou ser eminentemente simbólica. E, conseqüentemente, pode ter nenhum grau de instrumentalidade, médio grau ou ser predominantemente instrumental. Assim, é possível analisar, igualmente, o grau de sua legitimidade. Inclusive, nesse quesito, seria mais importante analisar o quanto a lei penal alcança os verdadeiros fins do direito penal e o quanto ela é apenas discurso. Quanto menos instrumental e mais simbólica, mais enganosa, falaciosa e fictícia é a intervenção penal. E, naturalmente, menos legítima.

Identificar a carga do direito penal simbólico passa, então, por uma análise empírica de se a intervenção penal está de fato cumprindo seus fins ou não. Esta seria a forma mais eficaz de se desvencilhar do discurso legislativo, que muitas vezes está impregnado de interesses políticos latentes. Para operacionalizar este exame do grau de simbolismo na intervenção penal, Díez Ripollés propõe, então, três parâmetros: em função do objeto satisfeito; em função das pessoas primordialmente afetadas e, finalmente, em função do conteúdo dos efeitos produzidos¹⁹³.

¹⁹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 86.

¹⁹² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. 87.

¹⁹³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. 88-94.

O primeiro dos parâmetros quanto ao grau de simbolismo da norma penal, referente ao objeto satisfeito, se destrincha em diversas categorias de lei: as leis penais *reativas*, que implicam mera reação do legislador mediante um problema social novo; as leis *identificativas*, que promovem uma “identificação” do legislador com os anseios do cidadão; as *declarativas*¹⁹⁴, que declaram “valores sociais” – ou seja, são como uma expressão de reprovação moral de uma conduta; as *principlistas*, que declaram a validade de certos princípios de convivência e, finalmente, as leis de *compromisso*, que reforçam um compromisso valorativo do poder estatal, ao confirmar a postura punitiva de um contexto ao referir-se a outro¹⁹⁵.

Note-se que, para Díez Ripollés, embora cada uma dessas categorias de lei carreguem uma função emotiva e um discurso, elas podem, igualmente, conviver, dentro de uma mesma lei, com as funções instrumentais. O discurso emotivo, portanto, não se baseia em uma explicação empírica de necessidade racional de intervenção penal. São expressões da interação entre legislador e cidadão, onde o primeiro busca, em certa parte, satisfazer interesses de natureza eleitoreira – aprovação popular e reeleição – e reforçar interesses latentes – como a imposição de condutas de caráter moral, vinculada a uma predominância da ideologia conservadora na representação no Congresso.

A segunda classificação proposta pelo penalista espanhol Díez Ripollés tange as pessoas primordialmente afetadas pela criminalização. É um recurso do simbolismo de atingir não os delinquentes diretos, nem sequer os potenciais delinquentes, mas sim os cidadãos em uma situação bem mais distante. Responsabiliza-se pessoas que estão em posição demasiadamente remota com relação à verdadeira conduta criminal, configurando uma verdadeira expansão das barreiras punitivas e um descaso com o princípio da culpabilidade¹⁹⁶. Entre essas formas, destacam-se: as leis *aparentes*, cuja formulação defeituosa implica menores chances de serem efetivadas; leis *gratuitas*, quando aprovadas sem a devida estrutura

¹⁹⁴ Ripollés defende que as leis de caráter declarativo podem implicar não apenas em criminalização – como é o caso da proibição do uso da *cannabis*, intensamente vinculado a um valor moral, mas distante da função verdadeiramente protetora de bens jurídicos – mas também em discriminação, quando aquele valor já é amplamente aceito socialmente como é o caso da descriminalização do adultério. Nenhuma das motivações legislativas tem caráter instrumental. Para criminalizar ou descriminalizar, a estratégia é simbólica, por meio da *declaração de valores*. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. 88.

¹⁹⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. 88-90.

¹⁹⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. 90-91.

necessária para sua aplicação e, finalmente, as leis imperfeitas, que sequer preveem sanções efetivas ou sua aplicação é praticamente impossível¹⁹⁷.

Nessa categoria, é possível verificar uma tendência político-criminal de punir aqueles que sequer contribuem para a lesão ou colocação em perigo do bem em questão. Inevitavelmente, além de implicar desrespeito ao princípio constitucional da culpabilidade, incorre também um discurso que assume um espaço totalmente destacado da realidade fática, com uma altíssima carga, portanto, de ficção. Punindo-se mais pessoas, não é, assim, garantia de prevenção do delito.

Por derradeiro, a classificação proposta por Díez Ripollés referente ao conteúdo dos efeitos sociais produzidos diz respeito à característica da intervenção penal de ir além dos princípios da subsidiariedade, da *ultima ratio*, de modo que os efeitos superem a necessidade de controle social, ou seja, o efeito é mais gravoso do que o necessário para evitar ou corrigir a conduta. É uma reação penal excessiva ou desproporcional¹⁹⁸. Nessa categoria, há as leis *ativistas*, que suscitam na sociedade a confiança de que se está fazendo algo a respeito de um “grave” problema social; as leis *apaziguadoras*, que produzem o efeito de acalmar as reações emocionais dos cidadãos¹⁹⁹; leis *promotoras*, que promovem a modificação de condutas sociais e, por fim, as leis *autoritárias*, que produzem o efeito de demonstrar a capacidade coativa em geral dos poderes públicos²⁰⁰.

É importante observar, diante desta classificação proposta, que se trata de disfunções que estão presentes desde a gênese da lei penal, posto que carregam uma carga de discurso político simbólico ainda em sua criação, mas que são

¹⁹⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. 91.

¹⁹⁸ Essa desproporcionalidade pode ser facilmente auferida na distribuição das penas referentes a diversos delitos, como é o caso da pena cominada ao delito de furto, que é um delito praticado sem violência ou grave ameaça, mas que tem o potencial para manter encarcerados cidadãos que subtraem bens alheios inclusive de pequeno valor. Assim, vê-se que a propriedade é excessivamente valorizada no nosso Sistema Penal, em detrimento da própria liberdade. Neste sentido, vide DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 92.

¹⁹⁹ As reações emocionais dos cidadãos, inclusive, vem sendo o palco da freqüente tragédia contemporânea do linchamento, tanto em redes sociais, no tocante à imagem de pessoas relacionadas a certas condutas, como no tocante à integridade e física, promovendo verdadeiros massacres e até morte de diversas pessoas rotuladas como “bandido”. Interessante ressaltar, inclusive, o que se torna até argumento de certos defensores da intervenção penal nestes casos, pois seria como uma forma de contenção da violência privada e da desordem social. Em sentido semelhante, vide DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 92-94.

²⁰⁰ Nesse caso, trata-se de delitos de mera conduta, em que a desobediência de uma ordem de caráter administrativo implica em sanção penal. Ou, mais especificamente, são as chamadas *funções*, de Juarez Tavares. Neste sentido, vide TAVARES, Juarez E. X. *Bien Jurídico y función en Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

disfunções que repercutem, impreterivelmente, na aplicação dessas leis²⁰¹. Portanto, naturalmente, é necessário dar a devida atenção, igualmente, aos âmbitos de imposição da pena, que é o momento de verdadeira aplicação da norma penal, em especial a sentença e execução da sanção penal. Não raro observar, por exemplo, um incremento na fixação da pena de determinados delitos por seu mero efeito simbólico – seja impacto na mídia, com a conseqüente comoção social, seja em razão de uma difusão de valor, como é o caso da guerra às drogas.

Diante deste complexo fenômeno, Díez Ripollés propõe, então, estratégias de confrontação com o crescente desenvolvimento do direito penal simbólico. A primeira dessas estratégias é a naturalização dos efeitos expressivos-integradores. Afinal, o simbolismo constitui um uso patológico desses efeitos, que, em alguns casos, possuem certa utilidade, na posição adotada pelo autor espanhol. Segundo ele, alguns desses efeitos se ocupam de promover a intimidação de certo comportamento por meio da formação de uma consciência coletiva. Portanto, naturalizar a existência destes efeitos e compreender seus limites é, para Díez Ripollés, o primeiro passo para o combate efetivo do direito penal pernicioso, falacioso²⁰². Especialmente em um contexto de sociedade de massas, altamente comunicativa, seria pouco realista afirmar que o Direito Penal deve se ater exclusivamente aos efeitos materiais. Até mesmo porque a função preventiva implica uma certa internalização da realidade social – se há pena cominada, pena aplicada ou até mesmo o isolamento do indivíduo da sociedade, há a possibilidade de uma dissuasão pela repressão²⁰³.

A segunda estratégia proposta por Díez Ripollés refere-se à distinção entre os diversos efeitos expressivos-integradores. Afinal, partindo-se da premissa de que alguns deles são legítimos e outros não, é necessário aprofundar análises para estabelecer critérios que distingam os efeitos expressivos-integradores úteis dos demais (meramente simbólicos)²⁰⁴. E, para o penalista espanhol, os argumentos político-criminais que fundamentam o uso da pena devem ser o ponto de referência principal. Para ele, a intervenção penal que vise efetivamente proteger lesão a bem

²⁰¹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 97.

²⁰² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 95.

²⁰³ De fato, recentes iniciativas de criminalização, inclusive partindo de movimentos sociais, como são os casos do feminicídio e a criminalização da homofobia, as discussões acerca da criminalização de condutas exerce certo papel de promoção do debate social, o que de certa forma é útil, educador e até preventivo.

²⁰⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 95-96.

jurídico e que o faz pode ser considerada legítima. Mas a intervenção que tem o propósito de reforçar consenso social, ou que visam oferecer resposta a campanhas midiáticas ou a grupos de pressão, normalmente, carregam funções ocultas diversas da preocupação real com o bem jurídico²⁰⁵. São também questionáveis aquelas intervenções penais que sejam excessivamente ambiciosas em seus objetivos, transcendendo a questão de proteção de bem jurídico e entrando em objetivos sociais diversos – sejam moralizadores ou de promoção de justiça em âmbitos que fogem do Direito Penal.

A terceira e última estratégia proposta por Díaz Ripollés consiste na criação de instrumentos técnicos de verificação. Essa estratégia surge da necessidade de levar esses questionamentos de ordem crítica e que visam à legitimação do direito penal às decisões legislativas, visto que o estudo acadêmico foca, predominantemente, no âmbito da aplicação da lei penal, o que é insuficiente para a contenção de sua expansão simbólica. É urgente, para o penalista espanhol, a criação de um procedimento material, e não apenas jurídico-formal, que possibilite declarar a invalidade de normas penais que possuam essa natureza de não cumprir determinadas exigências de correspondência com a realidade e necessidades sociais²⁰⁶.

Evidentemente que não é possível promover um descuido das insuficiências da aplicação do direito – relacionadas à identificação e combate à norma penal simbólica. Afinal, além da fase criativa da lei, a sua aplicação é, sim, uma oportunidade de combate aos excessos e incongruências legislativas, sendo necessário ultrapassar os limites da aplicação positivista da lei penal e adentrar ao controle, efetivo, de sua legitimidade e constitucionalidade²⁰⁷.

Especificamente no que tange ao procedimento legislativo penal, que se encontra na gênese da criação da lei penal, sejam aquela mais ou menos simbólicas,

²⁰⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 96.

²⁰⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...* cit. p. 97.

²⁰⁷ Como exemplo desta iniciativa, bastante rara, temos o caso dos Juizes do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte, que passaram a absolver os acusados do delito de uso de entorpecentes, por considerarem o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 inconstitucional. Sua inconstitucionalidade residiria exatamente no fato de ter ultrapassado as questões de proteção do bem jurídico e direcionado para uma função eminentemente simbólica – de declaração de valor moral – da lei penal. Dentre outras iniciativas, foi impetrado o Recurso Extraordinário 635.659/STF, com posicionamento firme pela declaração da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, que, contudo, está ainda aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal. .

Díez Ripollés expõe, em seu “*A racionalidade das leis penais*”, uma minuciosa análise focada na compreensão e crítica da produção de leis em matéria penal. A busca por essa racionalização, que é um desdobramento de seu trabalho acerca do simbolismo na lei penal, seria uma das estratégias de tornar mais legítima a intervenção penal²⁰⁸.

De fato, com razão Díez Ripollés ao afirmar que a teoria e a técnica da legislação penal são objeto de descuido na reflexão jurídico-penal²⁰⁹. E justamente essa ausência de reflexão contribuiu para que se consolidasse uma legislação conjuntural, oportunista e muitas vezes autoritária, sob o pleno controle de interesses políticos de curto prazo, que se afasta da racionalidade na aplicação do direito. Assim, a lei penal foi acumulando, progressivamente, funções sociais diversas daquelas que lhes eram próprias, tendo o Código Penal se tornado um *Código moral da sociedade*. Ele vem sendo colocado como *prima ratio* na judicialização de qualquer conflito social, utilizando de fins meramente simbólicos. Trata-se de verdadeiro oportunismo político.

Para aprofundar nesta análise, Díez Ripollés identifica as fases do processo legislativo como sendo pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa. Na fase pré-legislativa, há o primeiro passo para a problematização social de uma situação e a proposta de uma resposta jurídica. Na fase legislativa, o projeto de lei é recebido e há, finalmente, a aprovação e publicação da lei. Por fim, a fase pós-legislativa inicia-se com a publicação da norma e finaliza com o questionamento, seja pela sociedade, seja por grupos relevantes, se a lei, de fato, é adequada à realidade social a que pretende regular²¹⁰.

Certamente, a fase pré-legislativa implica um processo sociológico demasiadamente complexo, que começa na crença de uma disfunção social.²¹¹Essa disfunção social pode ter diversas respostas jurídicas, e a mais grave delas é aquela oferecida pelo direito penal, posto que implica a sanção mais grave do ordenamento jurídico: a privação da liberdade. O processo de proposição de uma resposta penal, conforme assevera Díez Ripollés, não é necessariamente proveniente dos próprios

²⁰⁸ RIPOLLÉS, José Luiz Diéz. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 2012.

²⁰⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática...* cit. p. 13.

²¹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática...* cit. p. 18-20.

²¹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática...* cit. p. 21. Fala-se em “crença”, pois muitas vezes, como já ressaltado por Tavares, a sociedade assimila um temor ou alguma postura diante de alguma realidade, que não necessariamente implica a violação de algum bem jurídico.

legisladores, podendo envolver diversos agentes sociais, provenientes de forças políticas, sociais, econômicas, partidos políticos, sindicatos, associações, empresas, associações de proteção ao meio ambiente, movimento feminista, pacifistas, ambientalistas, religiosos, entre outras entidades de representação²¹². A questão é que a própria *disfunção social* pode ser *real* ou *aparente*²¹³. No caso da disfunção social aparente, há significativo espaço para uma política criminal autoritária, emotiva, valorativa, portanto simbólica. As disfunções sociais reais, podem implicar uma resposta legítima e instrumental por meio da lei penal, mas isso não ocorre necessariamente. Com efeito, é plenamente possível que uma disfunção real exija um outro tipo de resposta resolutiva, que não a lei penal, mas que, por força de uma política criminal simbólica, venha a implicar uma norma penal distante de sua função instrumental.

Para que o desajuste social desemboque em uma criação legislativa, ou seja, saia da fase pré-legislativa para a fase legislativa, ele deve despertar devida atenção social. Díez Ripollés menciona alguns aspectos relevantes, que contribuem para tal: assuntos remotos ou incompreensíveis não causam interesse; os que têm componentes *dramáticos* despertam e mantêm mais atenção; assuntos sociais vinculados a interesses e experiências diretas dos cidadãos alcançam muito mais atenção²¹⁴.

O envolvimento emocional da população está atrelado à irracionalidade da lei penal, pois não se trata de argumentos técnicos e científicos, mas de um reclame aclamado e, muitas vezes, sem qualquer utilidade²¹⁵. Sendo assim, para Díez Ripollés, tudo aquilo que desperta a emoção da população tem grandes chances de se revestir de simbolismo, pois foge da racionalidade e portanto implica soluções emotivas, e não técnicas. E isso é facilmente incrementado por um discurso de medo, propagado pela Mídia e demais meios de comunicação social²¹⁶.

²¹² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática...* cit. p. 21-22.

²¹³ Como exemplo de disfunção social aparente, Ripollés menciona a lei seca norteamericana, que sugeriu que o consumo de álcool era um problema social carente de intervenção penal, quando, na verdade, não se tem qualquer bem jurídico tutelado. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática...* cit. p. 22.

²¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática...* cit. p. 22-23.

²¹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática...* cit. p. 24.

²¹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática...* cit. p. 28.

A opinião pública, vinculada aos meios de comunicação, promove uma visibilidade social acerca do suposto desajuste social²¹⁷. Nesses casos, ocorre um manejo da percepção do problema, e o apoio popular é frequente. Para Díez Ripollés, a opinião pública não é um conjunto de opiniões, nem a opinião majoritária, mas sim a opinião de um coletivo qualificado de pessoas, mais concretamente, daquelas que determinam o conteúdo dos meios formadores de opinião²¹⁸. Quando os meios formadores de opinião, a Mídia em geral, promove uma ideologia punitivista e fomenta a excessiva promoção do medo, é inevitável que o apoio popular seja maior a cada iniciativa legislativa de incriminação nova, independentemente de se essa lei ou recrudescimento vai ou não implicar, do ponto de vista instrumental, alguma efetividade na prevenção do crime²¹⁹.

Uma ressalva importante feita por Díez Ripollés é que a pressão sobre a atuação política não decorre tão somente da opinião pública, mas igualmente de grupos de pressão especializados, tais como grupos de interesse ideológico (feministas, ambientalistas, pacifistas) e até grupos científicos acadêmicos²²⁰.

Há, ainda, uma influência da judicatura, que, com suas associações fortes, e devido ao fato de o Poder Judiciário estar tão próximo ao Poder Legislativo, exercem grande influência no processo legislativo²²¹. Inclusive, para Díez Ripollés, essa influência é mais significativa do que da própria doutrina, o que é temerário, haja vista que cabe à doutrina um estudo profundo acerca da racionalização e justiça na produção da lei penal²²². É nesse âmbito de debilidade de influência da ciência penal

²¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática...* cit. p. 28-29. Neste sentido, vide também BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico...* cit. Para Baratta, no âmbito da tecnocracia, diferentemente da democracia, a pressão popular e a opinião pública geram efeitos no campo político, que visa reproduzir seu poder por meio do apoio popular.

²¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática...* cit. p. 30.

²¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática...* cit. p. 30-32.

²²⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática...* cit. 32-33. No caso brasileiro, há o exemplo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, responsável por diversas pressões no sentido de racionalização da lei penal, como debates e manifestações acerca do projeto de Código Penal e Código de Processo Penal, manifestação sobre a descriminalização do uso de drogas e até projeto com relação à Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e apontamentos quanto ao delito de lavagem de dinheiro. Vide <http://www.ibccrim.org.br/acoes_projeto_legislativo>, no qual se depreende a seguinte apresentação: “O Departamento de Estudos e Projetos Legislativos constitui-se como ferramenta pela qual o IBCCRIM se manifesta diretamente junto aos membros do Poder Legislativo em matérias que digam respeito aos preceitos fundantes do Instituto.”

²²¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática...* cit. p. 34.

²²² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática...* cit. p. 34.

que os grupos de pressão popular, movidos ainda pela Grande Mídia, com seu forte fator emocional, ganham força, em detrimento de grupos especializados e racionais, abrindo mais espaço para a manifestação de normas penais com forte apelo simbólico²²³.

Posteriormente à detecção da disfunção social, para Díez Ripollés, nasce o *programa de ação*²²⁴, que é a estratégia de intervenção legal para a solução da disfunção. O programa de ação pode ser mais simbólico²²⁵ ou mais instrumental, na medida em que se efetivam empiricamente para a consecução do fim de proteção do bem jurídico. O programa de ação se converte em projeto de lei, que passa, na fase legislativa, por diversas comissões e votação, até, finalmente, a promulgação e publicação²²⁶.

Na fase pós-legislativa, por sua vez, o autor espanhol Díez Ripollés explica que há atividades de avaliação dos diversos efeitos da decisão legal, desde sua entrada em vigor até o momento que se questiona se é socialmente plausível e adequada à realidade social que visa regular²²⁷.

Com efeito, entende-se que a crença na eficácia das leis com forte apelo popular é bastante difícil de se abalar, mas é indispensável promover o questionamento crítico de qualquer tipo de intervenção penal, haja vista que se tratam da forma mais incisiva de restrição da liberdade feita pelo direito. Interessante, inclusive, o que defende Díez Ripollés neste ponto, pois ele afirma que há leis mais sujeitas a avaliação de eficácia e legitimidade do que outras, promovendo até mais interesse acadêmico²²⁸. Isso ocorre, para ele, especialmente quando os grupos de pressão têm maior interesse – como é o caso clássico do aborto, que envolve grupos

²²³ Algumas intervenções penais nasceram no Brasil especialmente em decorrência de casos emotivos específicos ocorridos em detrimento de vítimas vinculadas à Grande Mídia, como é o caso da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990, vide <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-09/imagens-historia-crime-fez-mudar-lei-crimes-hediondos>>), editada após a violenta morte da filha da escritora de novelas Glória Peres, com forte apelo emocional e comoção e apoio popular.

²²⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e prática...* cit. p. 44.

²²⁵ Um exemplo de programa de ação altamente simbólico é a criação da lei de crimes hediondos e a recente lei da corrupção, que endurecem a resposta penal, como se, de fato, essa estratégia conseguisse resolver as disfunções sociais.

²²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e prática...* cit. p. 45-54.

²²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e prática...* cit. p. 62-63.

²²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e prática...* cit. p. 63.

de pressão feminista, religioso e moral, promovendo um acalorado debate na sociedade e na Universidade²²⁹.

Outro exemplo de grande impacto na opinião pública é o de uso ilícito de entorpecentes, que abarca grande número de interessados. A eleição dos temas aparentemente mais relevantes costuma ser feita influenciada por fatores conjunturais. Quanto mais vítimas, agentes que se identificam, o interesse pela discussão é aflorado. Quando, porém, o bem jurídico é muito abstrato, ou é um bem jurídico que não impacta na vida direta de boa parte da população, o interesse diminui bastante²³⁰. E, nesse ponto, impossível deixar de lado o impacto do interesse da própria opinião pública, que por um motivo ou outro, vincula determinados temas com mais intensidade de exposição na Mídia. Para Díez Ripollés, todavia, problemas muito comuns na fase de avaliação das leis são a carência de estrutura física, profissionais e investimento neste sentido, ausência de estatísticas policiais e judiciais de delinquência e eficácia da intervenção.

Ao propor um modelo racional de legislação penal, que vise atender aos propósitos preventivos, fugindo, assim, do campo da expressão simbólica, Díez Ripollés sugere, inicialmente, uma confrontação entre legislação e jurisdição²³¹. Para ele, a lei está em crise, tendo perdido seu papel de centralidade, desde a criação do Estado de Direito Liberal, passando a elemento de autoridade, cada vez mais²³². O que a lei possuía de caráter revolucionário de racionalização social perde espaço para o positivismo. Esse positivismo associado à sociedade de riscos contemporânea, ansiosa por prevenir os riscos sócio-tecnológicos, abre espaço para a legislação imprecisa, administrativizada e aberta à discricionariedade. Exige-se muito mais racionalidade dos aplicadores do Direito, mas certamente isso não basta²³³.

Focando-se especificamente no direito penal, a exagerada separação entre dogmática penal e a política criminal, sendo que a segunda é bastante negligenciada pelos pensadores do direito, implica pouca influência acadêmica no processo criativo

²²⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e prática...* cit. p. 66.

²³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e prática...* cit. p. 63-65.

²³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e prática...* cit. p. 71.

²³² Neste sentido, vide igualmente TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência...* Para Tavares, a legalidade tem passado por uma metamorfose, de "herói a vilão", tendo em vista o abuso por parte do poder legislativo, que se expressa, muitas vezes, de maneira ilegítima e desconectada com as reais necessidades da sociedade.

²³³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e prática...* cit. p. 72-73.

de leis, para Díez Ripollés²³⁴. O funcionalismo busca conciliar as funções do Direito penal com o dogma, contudo, ainda assim, a reflexão sobre a racionalidade penal perde espaço para o excesso de atenção conferido à teoria do delito. Tal é a opinião de Díez Ripollés, com a qual é quase inevitável concordar. A produção legislativa é o ambiente em que se cria o direito, em que se transforma política em direito. Por isso não pode passar despercebida.

Para se desvencilhar dos discursos simbólicos, falaciosos, enganosos, é necessário, portanto, racionalizar a legislação penal. A reflexão jurídico-penal não pode admitir, sem questionamentos, o arbítrio irracional do legislador e tentar amenizá-lo, tão somente, com princípios limitares no momento da aplicação. Deve, sim, submeter o legislador desde o início de sua atividade a critérios racionais, prevendo os meios jurídico-políticos para isso.

No tocante à racionalização do processo de criação legislativa penal, é inevitável tocar no tema da política criminal. É urgente a necessidade de compatibilidade entre a criação das leis e a orientação político criminal adotada pela Constituição e que abrange a proteção dos bens jurídicos. Ou seja, a construção da intervenção penal deve partir de uma racionalidade político-criminal que leva em consideração o direito penal como *ultima ratio*, e respeitador do caráter subsidiário do Direito Penal.

Igualmente, não pode a criação legislativa penal afastar-se das teorias do bem jurídico, do delito e dos fins da pena, que são a estrutura tríplice da racionalização e imposição de limites à faculdade estatal de punir²³⁵. Tais teorias, precisam, contudo, segundo Díez Ripollés, ser incrementadas com uma teoria específica da legislação penal, livrando, mais uma vez, os cidadãos das garras do autoritarismo desenfreado. Não racionalizar a criação de leis é dotar o legislador de um arbítrio sobrenatural que o aplicador do direito penal não consegue reparar²³⁶.

Díez Ripollés conclui, assim, ao propor um debate sobre os fundamentos do direito penal, sendo eles a teoria dos fins da pena, a contraposição entre utilidade e

²³⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e prática...* cit. p. 78. Para Díez Ripollés, a conhecida separação entre Dogmática e Política Criminal acarretou, sem que fosse essa sua pretensão, um descuido generalizado com relação à segunda.

²³⁵ Neste sentido, vide DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e prática...* cit. p. 107.

²³⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e prática...* cit. p. 109.

validade e o princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso²³⁷. Para ele, esses são parâmetros indispensáveis para a racionalização da intervenção penal, no âmbito da criação da penal, pois remetem a questões de legitimidade e utilidade, distanciando-se do caráter simbólico, discursivo e emotivo.

O fenômeno do direito penal simbólico, em franca expansão, intrinsecamente ligado, no mundo contemporâneo, à resposta aos reclames da opinião pública, é ainda interpretado, pela penalista francesa Mireille Delmas-Marty²³⁸, como um *direito penal mágico*. Para ela, atribui-se uma função declarativa à lei penal, o que resulta em uma inflação legislativa. Espera-se que o direito penal responda a diversos reclames populares, que o distanciam de suas funções instrumentais. A autora considera, também, que a criação da lei penal no mundo moderno tem servido ao apaziguamento da opinião pública. O que ocorre, contudo, é que nesta busca do legislador pelo apoio popular, é que se sacrifica, inevitavelmente, a qualidade de generalidade que a lei penal deve preencher, a fim de ser justa para todos. A nova utilização da “arma penal” preenche assim uma “função compensatória face ao enfraquecimento de certos controles sociais”.

No mesmo sentido, Denis Salas, em *La volonté de punir*²³⁹, fala de uma explosão legislativa, e mostra que os políticos são significativamente influenciados pelos fatos diversos, o que os conduz a criar diariamente novas infrações, cada dia mais numerosas, mas não necessariamente mais eficazes, o que incrementa, assim, o direito penal simbólico. Ele questiona, assim, a criação de leis puramente emotivas, que se distanciam da racionalidade, visando excluir todo comportamento compreendido como ameaçador, o que dificulta cada vez mais o exercício da democracia – entendida como espaço de gozo de liberdades individuais. Na mesma esteira, Denis Salas preocupa-se acerca da multiplicação do direito penal de exceção, derogatório. Em sua obra “*La République Pénalisée*”²⁴⁰, o autor francês faz referência à prejudiciabilidade das leis que se explicam por seu grande número e sua falta de tecnicidade, fazendo com que o direito se torne uma projeção de paixões individuais justapostas, onde a justiça deve solucionar os conflitos engendrados pela

²³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: Teoria e prática...* cit. p. 107.

²³⁸ MARTY, D. Mireille. *Les grands systèmes de politique criminelle*. Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

²³⁹ SALAS, Denis. *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005.

²⁴⁰ SALAS, Denis. *La République pénalisée*, Paris, Hachette, 2006.

multiplicação das criações do próprio direito. O autor denuncia mais uma vez a falta de reflexão e técnica do legislador, que deixa o direito penal à margem da racionalidade.

Em *Les nouvelles sorcières de Salem*²⁴¹, o tema é resgatado por Denis Salas e Garapon²⁴², que afirmam que a população consideraria que “calar-se é deixar fazer” (*se taire, c’est laisser faire*), ou seja, que uma omissão legislativa é uma permissão tácita para condutas indesejadas. A prudência, então, própria da *ultima ratio*, seria entendida como atentado, o respeito aos direitos como frouxidão, a razoabilidade como indiferença culpável. É, então, promovida uma intervenção legislativa, em especial de caráter penal, a cada vez que a opinião a demande, o que cria uma inflação legislativa nefasta à qualidade do direito e foge das funções constitucionais da lei penal.

Para Eugénio Raúl Zaffaroni, um dos juristas mais destacados de sua geração, grande representante do direito penal na América Latina, por preocupar-se com a adequação fática do direito com toda a lucidez de uma análise histórico-social, o exercício do poder dos juristas só será legitimado à medida que pautar as decisões da agência judicial para que esta assumam uma função de contradição dentro do conjunto de agências do sistema penal, reduzindo sua violência²⁴³. Por isso, o discurso que pauta o jurídico-penal não pode ser pronto e, sim, inacabado, aberto às contingências e espaços que a dinâmica do poder das agências do sistema penal venha a lhe abrir, oferecendo-lhe mais oportunidades para reduzir a violência do exercício deslegitimado do poder.

Diante desta remissão à literatura penal quanto ao fenômeno do direito penal simbólico, que ganhou especial relevo no contexto contemporâneo de crise de legitimação das funções instrumentais do direito penal, entendemos cabível adotar a posição crítica esboçada por Winfried Hassemer e Juarez Tavares, ambos representantes da escola de Frankfurt, que, em concordância, destacam o simbolismo

²⁴¹ SALAS, Denis et GARAPON, Antoine. *Les nouvelles sorcières de Salem: Leçons d’Outreau*. Paris, Seuil, 2006.

²⁴² A pressão popular, no sentido de criação de novas normas penais, trata-se de uma tentativa de busca por uma solução que não necessariamente passa pela devida racionalidade científica ou verdadeira compreensão acerca do direito penal. Neste sentido, vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Expansão do Direito Penal...* cit.

²⁴³ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.1.

da norma penal como tendência político-criminal temerária no âmbito do direito penal liberal. Com efeito, entendemos que se trata de uma abordagem compatível com os pressupostos liberais e constitucionais do direito penal como *ultima ratio*. Para tanto, o caminho necessário de exame do simbolismo de uma lei penal deve, impreterivelmente, passar pela análise do discurso que a toca, isto é, quais seus fins declarados ou manifestos. Isso implica levar em consideração o discurso político e a gênese da criação da norma penal, bem como o próprio fundamento da norma penal, que, em geral, passa pela questão da proteção do bem jurídico e do fim preventivo da pena. Em seguida, é crucial seguir pelo caminho da constatação se, de fato, a norma penal atinge esses fins e se, por outro lado, atinge a outros tipos de expectativas sociais, tais como apaziguamento de opinião pública ou resposta a algum reclame social. Estes serão, portanto, objeto dos capítulos subsequentes, com o foco específico da Lei nº 7.492/86, dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, motor do presente estudo. O empirismo, como contraponto ao simbólico, é igualmente uma referência imprescindível no presente trabalho. Isso implica, também, considerar as influências sociais, econômicas e históricas que perpassam a criação e a aplicação da lei em questão.

Por certo, o desajuste entre discurso e realidade traz uma desestabilidade da própria coerência interna e credibilidade do direito penal. Isso não significa dizer que caberia à ciência do direito penal usurpar a atividade do poder legislativo, que detém atribuição para a criação da norma penal. De fato, a criação das leis na democracia cabe a este poder. Mas a racionalização do direito penal pode, aliás, deve, impor limites para essa produção legislativa, à própria luz da Constituição e do direito penal liberal, a fim de se evitar que o exercício do poder legislativo seja arbitrário e irracional. Quando as intervenções penais, criadas pela lei, produzem, de fato, os efeitos pretendidos, isso não as desqualificará como simbólicas. Mas quando há mais ficção do que realidade, a finalidade do direito penal, que já é objeto de constantes indagações, torna-se um alvo ainda menos alcançável.

No tocante à lei penal objeto do presente estudo, depreende-se da exposição de motivos do projeto de lei nº 273/1983, constante no Diário do Congresso Nacional de 25 de março de 1983, que deu origem à lei nº 7.492/86, que se apresenta como definidora de crimes contra o Sistema Financeiro, e é popularmente conhecida como

lei do colarinho branco²⁴⁴, justificativas que demonstram uma tentativa do legislador de corresponder às expectativas das autoridades e do povo, cujo anseio seria de coibir os escândalos financeiros ocorridos, especialmente, após o ano de 1964.²⁴⁵ Há, assim, uma busca por um apaziguamento de emoções sociais e resposta à opinião pública. Fala-se, expressamente, em “*desviar os olhos dos ladrões de galinha e focar nos colarinhos brancos*”, linguagem com carga altamente emotiva, com impacto político direto sobre a expectativa de justiça de diversas classes socioeconômicas da população.

Não obstante a afirmação, nos motivos da lei, de que “(...) *a proposição segue a linha tradicional do Direito Penal vigente entre nós, não ensejando observações adicionais*”²⁴⁶, o que parece querer encerrar as dúvidas sobre sua legitimidade, cabe à doutrina promover profunda análise crítica das normas de determinação por ela criadas, tendo em vista que a atividade legislativa, em especial no tocante à matéria penal, está sujeita não apenas a limites formais ou procedimentais, mas também a limites materiais, que correspondem ao conteúdo da norma. Referida atividade, enfim, não pode se distanciar dos verdadeiros propósitos do direito penal, que é a *ultima ratio* do exercício do poder de intervenção estatal. Ou seja, da reflexão acerca de suas funções instrumentais.

O discurso do Estado, expresso, inicialmente, pelos motivos da lei, possui um teor, evidentemente, de punir classes mais favorecidas – com o famoso jargão de “*punir os colarinhos branco*”²⁴⁷. Contudo, é necessário investigar se, na verdade, a norma penal consegue efetivamente cumprir o seu papel preventivo e protetor dos supostos bens jurídicos protegidos, saindo do âmbito do discurso e se efetivando no mundo real, empírico.

Deste modo, a partir de uma busca por uma possível expressão do direito simbólico na legislação penal, desde o seu nascimento nos anseios emotivos da sociedade, até o processo legislativo irracional, distante dos fundamentos limitadores do poder punitivo, será possível dar uma modesta contribuição para a racionalização

²⁴⁴ Cf. Manoel Pedro Pimentel em *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

²⁴⁵ Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 25 de março de 1983, p. 1.018-1.019. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25MAR1983.pdf>>.

²⁴⁶ Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 25 de março de 1983... cit. p. 1019.

²⁴⁷ Terminologia referente à obra de Sutherland. Vide SUTHERLAND, Edwin. *The White collar criminally*. In *American Sociological Review*, Indiana, n. 1, vol. 5, p. 1940.

do direito penal. De fato, este primeiro capítulo serve como o início de uma reflexão crítica, sobre uma realidade que abarca, na realidade, todo o sistema penal. E, lembrando Tavares, a constatação pessimista de um quadro ilegítimo e irracional da realidade penal é o primeiro passo para a sua superação.

CAPÍTULO II – DO CARÁTER SIMBÓLICO DA TUTELA PENAL DO SISTEMA FINANCEIRO NO BRASIL

2.1 Da (in)existência de bem jurídico tutelado e da tutela penal de funções

O estudo acerca das teorias do bem jurídico, na medida em que a tutela dos mesmos é a função que, para a maioria dos autores, ainda hoje deve orientar o direito penal, é indissociável da discussão a respeito do simbolismo da lei penal em estudo.

Neste capítulo, portanto, pretende-se analisar a controvertida questão da existência ou inexistência de bem jurídico a ser protegido no âmbito dos crimes previstos na lei nº 7.492/86. Para tanto, inicia-se por demonstrar a necessidade de se continuar a trabalhar com a noção de bem jurídico, inobstante todos os ataques teóricos de que vem sendo objeto nos últimos tempos, nos mais diversos países.

Afirmar que uma lei penal é simbólica, como trabalhado anteriormente, implica dizer que seus fins manifestos diferem-se de seus fins latentes, e que ela se presta a concretizar estes últimos. Consiste, enfim, em uma norma penal que não atinge os seus fins declarados de proteção do bem jurídico, mas sim se presta a interesses políticos, seja apaziguamento da opinião pública, seja a promessa de alguma resolução de problema de caráter social.

Para isso, é relevante também recapitular que a compreensão do fenômeno do direito penal simbólico apenas ganha espaço se se parte da premissa de que o direito penal atende a uma finalidade, isto é, se se admite o direito penal voltado às consequências²⁴⁸. E é no âmbito da crise desta instrumentalidade da lei penal que o simbolismo ganha espaço.

A função preventiva do direito penal é um conceito aceitável, segundo Hassemer, apenas se é eficaz²⁴⁹. Todavia, segundo ele, o próprio conceito de prevenção eficaz é de difícil definição. As condições para uma prevenção efetiva, bem como os pressupostos de justificação de uma regulação penal, são complexos, historicamente variáveis e atualmente difusos. Por outro lado, apesar das divergências, Hassemer proclama que:

²⁴⁸ Neste sentido, vide HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, in Varios Autores «Pena y Estado. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 30.

²⁴⁹ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos...* cit.

“La primera respuesta la más antigua y simple a la pregunta de cuándo cumple el Derecho penal su función preventiva sería: cuando verdaderamente protege los bienes jurídicos que tiene como misión proteger. Esta respuesta sería suficiente si pudiésemos partir del concepto de bien jurídico y si supiésemos lo que es una ‘verdadera’ protección de bienes jurídicos. Debido a que ello constituye una dificultad existe el Derecho penal simbólico”²⁵⁰.

A noção de direito penal simbólico, portanto, é indissociável da ideia de eficácia ou não da proteção do bem jurídico pela lei penal. Por sua vez, também a concepção de bem jurídico é sujeita a diversas teorias.

Com efeito, desde o início do século XIX, a doutrina penal vem tratando com inegável vigor e centralidade a questão do bem jurídico na discussão acerca da legitimidade de normas penais. Por isso, o estudo referente às leis simbólicas tem, como desdobramento necessário, a análise pormenorizada deste instituto, que, não obstante inúmeras e rigorosas críticas, continua, no início do século XXI²⁵¹, a inflamar debates doutrinários e acadêmicos dos mais proeminentes representantes da doutrina penal contemporânea. Representantes, aliás, das correntes partidárias, moderadas e contrárias à ideia do bem jurídico, com relação à sua função crítica de limitação do poder punitivo. Todos eles reunindo esforços em torno de uma questão que é, sim, bastante controversa, debatida exaustivamente, mas não com conclusões unânimes.

Bernd Schünemann, catedrático de Direito Penal na Universidade de Ludwig Maximilian, em Munique, Alemanha, em meio aos questionamentos doutrinários, sempre fervorosos, acerca da finalidade do direito penal e das teorias do bem jurídico, utiliza-se de um antigo provérbio que diz que *“Os que têm anunciada a iminência da morte são os que mais tempo vivem (‘Totgesagte leben länger’)”²⁵²*. Com isso, ele afirma que, embora muitos doutrinadores venham declarando que a ideia de proteção de bens jurídicos como fundamento e limite do Direito Penal esteja em seu leito de

²⁵⁰ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos...* cit. p. 31.

²⁵¹ Recentes Jornadas, realizadas em 2002, em Moritzburg, na Alemanha, contaram com a participação de proeminentes doutrinadores alemães, realizando três sessões em torno do tema “Teoria do Bem Jurídico”, que culminou na obra coletiva, organizada por Roland Hefendehl, *“Die Rechtsgutstheorie”*, traduzido para o Espanhol *“La teoría del bien jurídico - Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?”*. HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 28.

²⁵² SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 39.

morte, ainda devemos profetizar um grande futuro a ela. Segundo ele, em referência a Wohlers²⁵³, “A determinação de qual o bem jurídico protegido pela norma é e continua sendo o ponto de partida para o exame da legitimidade dos tipos penais”.²⁵⁴

No caso do aspecto simbólico do direito penal, constantemente desconsiderado pela doutrina, que muitas vezes se distancia das discussões que envolvem a política criminal, o acervo bibliográfico é consideravelmente reduzido. Por outro lado, com relação às teorias do bem jurídico, a realidade é exatamente a oposta: um contingente abundante de obras, que resgatam o desenvolvimento histórico do conceito até à contemporaneidade, na qual há, ainda, grande divergência e considerável riqueza de argumentações, mas que não colocam um arremate definitivo e absoluto na questão.

Tal ausência de fechamento do tema não é um problema em si, se pensarmos que a metodologia científica adotada no Direito não exige compreensões inequívocas dos fenômenos sociais. Contudo, é de se constatar que, diante da atual crise do Direito Penal moderno, em intensa expansão, bem como do incremento na complexidade dos riscos vividos pelas sociedades contemporâneas, somados à crise de legitimidade do poder legislativo, que vem recorrendo a discursos autoritários e cada vez mais afunilando as liberdades individuais dos cidadãos, o resgate de uma teoria crítica e limitadora do poder punitivo é medida urgente.

Em consonância com Roxin, o princípio de proteção de bem jurídico cumpre uma função de diretriz político-criminal do legislador, como arsenal de instruções para a elaboração de um direito penal próprio do Estado Democrático de Direito liberal²⁵⁵.

Contudo, infelizmente, segundo ele, até hoje o Tribunal Constitucional Alemão não se manifestou expressamente no sentido de exigir a proteção do bem jurídico como critério mínimo para a existência de uma norma penal incriminadora. Ainda assim, ele é um princípio que pode ser inferido das bases filosóficas e políticas do Estado de Direito e da Democracia. Essa omissão do Tribunal Constitucional é semelhante à experiência brasileira e é um problema, na medida em que deixa de

²⁵³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito...* cit., p. 40.

²⁵⁴ Na mesma linha, Hassemer afirma que o bem jurídico é irrenunciável como parâmetro de uma boa política criminal. Cf. HASSEMER, Winfried. *Bienes jurídicos en el derecho penal*. In *Estudios sobre Justicia Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 63-74.

²⁵⁵ HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 453.

contribuir com a formação de instrumento a serviço da liberdade, que exigiria do legislador um parâmetro na produção de leis penais.

A fim de aprofundar a análise das teorias do bem jurídico, com o intuito de se progredir no intento de verificação da legitimidade da lei penal objeto deste estudo, torna-se imprescindível fazer uma breve apresentação das perspectivas dogmáticas que envolvem este instituto. Isso implica adentrar aos conceitos e reflexões dos doutrinadores penais que se debruçaram sobre o tema, expondo suas principais reflexões e argumentos, desde seus mais devotos apoiadores aos mais ferrenhos críticos.

Para tanto, vai-se fazer uso aqui do exame das diversas opiniões expostas na obra coletiva *“La teoría del bien jurídico – Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático”*²⁵⁶, organizada por Roland Hefendehl.

Nela, contribuem os maiores expoentes do pensamento dogmático penal alemão contemporâneo, discutindo acerca do conceito de bem jurídico, bem como de sua adequabilidade ou não para o fim crítico de limitar o poder punitivo.

A organização do livro implica cinco grandes capítulos, denominados *“A teoria do bem jurídico e o princípio de dano”*, *“Teoria do bem jurídico e direito constitucional”*, *“Ressureição da teoria do bem jurídico”*, *“Teoria do bem jurídico e imputação”* e *“Modelos alternativos de legitimação do direito penal”*²⁵⁷, além dos capítulos de comentários finais, informes e observações sobre o estado atual da discussão sobre o bem jurídico (incluído em 2007, cinco anos após a edição da obra). Referido trabalho foi escolhido como uma das referências para este capítulo, tendo em vista sua atualidade, sua abordagem completa e a relevância dos autores envolvidos, nos quais incluem Knut Amelung, Wolfgang Frisch, Winfried Hassemer, Roland Hefendehl, von Hirsch, Claus Roxin e Bernd Schünemann.

A partir de um estudo comparativo, exposto por von Hirsch, Michael Kahlo e Gerhard Seher²⁵⁸, a teoria do bem jurídico é contrastada, inicialmente, com a teoria

²⁵⁶ HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007.

²⁵⁷ Traduzidos livremente para o português.

²⁵⁸ Vide HIRSCH, Andrew von. *El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 37-52. KAHLO, Michael. *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva em Derecho penal*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 53-68. E igualmente SEHER, Gerhard. *La legitimación*

do *harm principle*, ou princípio do dano. Trata-se de um princípio cunhado no âmbito anglo-saxão, que serve de limite para a intervenção penal, em moldes similares à proposta do bem jurídico.

Von Hirsch reconhece que o bem jurídico possui uma função intrassistemática de interpretação do tipo penal, mas também uma função crítica, limitadora, que consiste na impossibilidade, por exemplo, de se tutelar penalmente condutas reprováveis apenas moralmente. Embora assevere que essa última função vem sendo encarada por alguns com ceticismo, assente que, na opinião majoritária, o bem jurídico segue sendo considerado base irrenunciável do sistema jurídico penal racional²⁵⁹.

Contudo, tal conceito não existe nos sistemas penais americano e inglês, onde, igualmente, não há a ideia de prevenção geral positiva. Nesses sistemas, onde prevalece o “efeito moral-educacional da lei penal”, segundo von Hirsch, a ideia central que fundamenta a intervenção penal é a do *harm principle*, que pode ser livremente traduzido como “princípio de dano”. A atribuição de referido princípio é ser um instrumento para delimitar o âmbito de aplicação legítimo das normas penais.²⁶⁰

Tal conceito tem como base a ideia de John Stuart Mill, segundo o qual o limite na vontade para a atuação de um membro da comunidade civilizada é que ele não cause danos a terceiros. Assim, uma conduta não pode ser proibida penalmente se ela causa dano apenas para o próprio indivíduo ou se ela é contra, por exemplo, algum tipo de moralidade. No cenário norteamericano, o *harm principle* foi, assim, fundamento para combate às criminalizações do consumo de álcool, da prostituição e da homossexualidade.

Por sua vez, John Feinberg admitiu outras vias para legitimar a criminalização, como o efeito ofensivo inerente a uma conduta. Contudo, ele também repudiava o paternalismo e o moralismo como forma de justificação de uma incriminação. No tocante à estrutura do delito, Feinberg admite a criminalização de certas formas de perigo abstrato, desde que a conduta que não cause o dano possa causar risco suficiente que dê lugar a consequências lesivas no futuro. Nesse caso, há de se

de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 69-92.

²⁵⁹ HIRSCH, Andrew von. *El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”...* cit. p. 37.

²⁶⁰ HIRSCH, Andrew von. *El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”...* cit. p. 38.

avaliar a probabilidade de se produzir o eventual dano, bem como a gravidade deste. Para von Hirsch, o conceito de bem jurídico é demasiadamente ampliado na Alemanha, pois não necessariamente se vincula a interesses individuais de terceiros. Deste modo, para ele, foca-se mais no ser (bem) e afasta-se do dever-ser (jurídico). No caso do *harm principle*, o foco é normalmente individual, ou seja, no indivíduo titular do interesse que é, efetivamente, lesado com a conduta proibida. Nota-se que o estudo comparativo de von Hirsch foca-se na questão individual do titular do dano, ou seja, o que interessa são os interesses individuais dos cidadãos, e não a coletividade, por exemplo. Já as teorias do bem jurídico, segundo ele, em geral, admitem interesses coletivos, que são aqueles que não interessam, apenas, ao indivíduo.

No tocante à imputação, ou seja, aos critérios necessários para se atribuir um resultado lesivo à conduta de um indivíduo, von Hirsch assevera que há, com relação à teoria do bem jurídico, há uma série de mecanismos que definem os cursos causais, como o da imputação objetiva e a teoria da causação, que remete ao nexos causal. Ambas as teorias, contudo, tendem a rechaçar a possibilidade de proibição e condutas que não lesionem interesse ou bem alheio, isto é, aquelas condutas cuja proibição se mostra como mera expressão do paternalismo estatal. Concluindo, von Hirsch afirma que a teoria do bem jurídico, por si só, não é capaz de definir limites precisos quanto à legitimidade da intervenção, sendo necessário avançar dogmaticamente a fim de se chegar a uma teoria completa e adequada de criminalização²⁶¹.

Michael Kahlo, por sua vez, ao comparar o conceito do bem jurídico e o *harm principle*, opta pelo primeiro, considerando que ele tem uma função crítica mais evidente, ao ser o fio condutor para a fundamentação e limitação da formulação de tipos penais.²⁶² Segundo ele, o bem jurídico é um conceito relacional, não podendo ser considerado nem como um valor, nem tampouco como um objeto. É relacional, pois relaciona-se com as interações intersubjetivas, haja vista que os seres humanos não podem viver isolados da sociedade. Ele considera que a liberdade da qual goza um cidadão, bem como os seus direitos, estão sempre tomados em referência com relação aos outros cidadãos e à Constituição.

²⁶¹ HIRSCH, Andrew von. *El concepto de bien jurídico y el "principio del daño"...* cit. p. 52.

²⁶² KAHLO, Michael. *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva em Derecho penal...* cit. p. 53

Para Kahlo, usar o *harm principle* como referência para a análise do bem jurídico é uma das maneiras de mostrar a força ou debilidade dessa teoria. Afinal, coloca-se em discussão perspectivas diferentes sobre o mesmo problema. Segundo ele, ambos buscam responder quais as condutas que estão legitimadas de serem criminalizadas pelo Estado. Em 1859, Stuart Mill foi o primeiro a usar o termo *harm principle*, trazendo a ideia de que a liberdade individual termina quando prejudica o outro²⁶³. Kahlo critica essa concepção, ao afirmar que ela é demasiadamente subjetiva, abrindo espaço para a tirania do ostentador do poder político.²⁶⁴

Na sequência, Gerhard Seher avalia a tendência atual do Direito Penal, que vem sendo protagonista nos âmbitos que transcendem seu marco de aplicação tradicional, ou seja, o direito penal nuclear²⁶⁵. Segundo ele, aumentou-se a atenção do direito penal por valores e interesses coletivos, bem como pelo desenvolvimento da proteção da vida econômica, meio ambiente, animais, o que se deu concomitantemente com o incremento de delitos de perigo abstrato.

Esse é, enfim, o direito penal moderno, no qual a estrutura tradicional do delito vem sendo questionada como modelo adequado para dar a devida resposta às questões de legitimidade e imputação²⁶⁶. Isso, inevitavelmente, atingiu a discussão acerca do princípio comumente utilizado para a legitimação de normas: o bem jurídico. Seher afirma que as propostas de definição do conceito de bem jurídico oscilam entre um rigor clássico, que impede integrar novas normas penais, principalmente do ponto de vista crítico e liberal, bem como até uma amplitude, que praticamente inutiliza o conceito para o discurso crítico²⁶⁷.

Seher ressalta, ainda, que diferentemente das posições de Hassemer, Schunemann e Stratenwerth, que comportam o caráter crítico da teoria do bem jurídico, Jakobs, inspirado na teoria de sistemas de Luhmann, foca na vigência da

²⁶³ KAHLO, Michael. *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva em Derecho penal...* cit. p. 59.

²⁶⁴ É interessante observar que o *harm principle* adequa-se perfeitamente à estrutura da sociedade norteamericana, na qual prevalece o interesse individual e o formato liberal de Estado. Ou seja, a relação de lesividade se vê do ponto de vista das condutas entre indivíduos, e o Estado deve se intrometer apenas quando a conduta de um lesione a terceiro.

²⁶⁵ SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico...* cit. p. 69.

²⁶⁶ SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico...* cit. p. 70-73.

²⁶⁷ SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico...* cit. p. 73-74.

norma e nas expectativas de conduta existentes na sociedade. Do ponto de vista da teoria de Jakobs, a pena tem um teor positivo e utilitário²⁶⁸, e não negativo e crítico, como é o caso da teoria do bem jurídico. Isso significa dizer que ao invés de limitar a produção legislativa e reduzi-la ao mínimo necessário, Jakobs favorece a lei posta, e a fundamenta na necessidade de se manter a sua própria vigência. O autor conclui que a teoria do bem jurídico deve ser fundamentada a partir dos princípios, e que somente a partir deste raciocínio é que se pode chegar à conclusão de que um bem jurídico é digno de proteção. Deste modo, o bem jurídico não é um instrumento de legitimação de normas independente, mas sim um produto destes princípios²⁶⁹.

Uma segunda perspectiva com relação ao bem jurídico direciona-se à sua relação com a Constituição. Esta perspectiva foi igualmente abordada nas jornadas realizadas na Alemanha, ora em comento. São abordagens que levam em consideração o valor da Lei Fundamental como referência para o desenvolvimento da dogmática penal, na busca por uma teoria mais justa e direcionada e legítima, do ponto de vista do Estado Democrático de Direito.

Hassemer, mais uma vez, em consonância com sua visão crítica e limitadora do direito penal, inaugura este tópico com a defesa da teoria do bem jurídico como referência imprescindível para a legitimação da intervenção penal, impondo parâmetros constitucionais para referida teoria²⁷⁰. Segundo ele, as questões envolvendo o bem jurídico passam não apenas pela dogmática penal, mas também pela teoria do direito penal, política criminal e sociologia do direito penal²⁷¹. Para Hassemer:

“(...) el Derecho penal es un ‘Derecho que pone límites a la lucha contra el delito’ y la Constitución formula límites a la intervención, también para el Estado que ejerce el poder punitivo. (...) las limitaciones de las intromisiones penales impuestas por la Constitución, por el otro, proceden en última instancia de la misma fuente: una fundamentación del Derecho penal y de la pena basada en los derechos fundamentales (...)”²⁷².

²⁶⁸ SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico...* cit. p. 73.

²⁶⁹ SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico...* cit. p. 92.

²⁷⁰ HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In HEFENDEHL, Roland (Ed). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 95-104.

²⁷¹ HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?...* cit. p. 95.

²⁷² HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?...* cit. p. 97.

A boa política criminal, no entendimento de Hassemer, deve tomar como referência a Constituição, enquanto que o bem jurídico deve ser centrado no núcleo negativo crítico dessa política criminal²⁷³. Ademais, assim como na Constituição, na qual a pessoa é o destinatário último de toda a existência estatal, a teoria do bem jurídico deve estar voltada para ela, sendo que os bens individuais são diretamente vinculados à pessoa e os bens coletivos só podem ser considerados autênticos bens jurídicos, na medida em que se funcionalizam para o interesse da pessoa humana. Esta é, pois, a notável teoria pessoal ou antropocêntrica de bem jurídico.

A conexão entre a ciência penal e a Constituição, para Hassemer, é plausível, oportuna e óbvia, pois a Lei Fundamental é responsável por formular limites à intervenção do Estado, que exerce diversos tipos de poder, entre eles o poder punitivo. Assim, a fundamentação do Direito Penal e da pena deve estar em sintonia com os direitos fundamentais²⁷⁴.

Para Hassemer, os dois conceitos constitucionais que devem ser destacados neste intento são a proibição do excesso e a proibição da omissão²⁷⁵. Deste modo, estes dois polos acabam servindo de referência para o direito de intervenção estatal, de acordo com a Constituição. Uma intervenção penal legítima deve estar aquém do excesso (o que remete aos princípios de intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal) e o Estado deve proibir, quando houver um interesse que não puder ser ignorado pela omissão²⁷⁶.

A proibição do excesso está em total sintonia com a ideia de Direito Penal liberal, o qual considera que todo mandato ou proibição penal é uma intromissão na liberdade geral de atuação. Dessa proibição, segundo Hassemer, depreende-se alguns desdobramentos: a finalidade da intervenção penal é exclusivamente a proteção de um bem jurídico frente a graves lesões ou colocações em perigo; há uma hierarquia de bens jurídicos, de modo que a interferência na liberdade do cidadão deve ser proporcional a essa hierarquia (a vida vale mais que o patrimônio, por

²⁷³ HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?...* cit. p. 98.

²⁷⁴ Contudo, Hassemer destaca historicamente que as discussões acerca dos limites do direito e penal e as teorias da pena precederam cronologicamente a tradição dos direitos fundamentais, consagrados pela Constituição. Princípios como o da legalidade e da culpabilidade, por exemplo, precederam as discussões constitucionais.

²⁷⁵ HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?...* cit. p. 98.

²⁷⁶ HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?...* cit. p. 98-101.

exemplo); a margem de manobra do legislador deve ser bem restrita, o que lhe exige uma racionalidade mínima, a fim de intervir na liberdade dos cidadãos por meio de uma sanção penal.

A teoria do bem jurídico deve, assim, segundo o pensamento de Hassemer, agregar princípios e instrumentos para racionalizar e limitar a atividade do legislador, evitando o exercício da discricionariedade. Ademais, ela tem uma natureza negativa, ou seja, limitadora, e não positiva, que seria a de imposição de atuação. Assim, há uma harmonização com o princípio constitucional de proibição do excesso²⁷⁷.

Por sua vez, a proibição da omissão, do ponto de vista penal, não é, segundo Hassemer, um conceito clássico. Mesmo porque o direito penal é a *ultima ratio*, de modo que, ainda que a Constituição eleja um bem, exigindo do legislador algum tipo de proteção, ela não define, antecipadamente, se o meio de proteção será o penal, haja vista que há diversos instrumentos e formas de se proteger interesses relevantes, tais como o direito administrativo ou o direito civil²⁷⁸. Evidentemente, a pressão para a atuação do legislador, como sujeito político, parte não somente da ciência penal, mas também da sociedade e seus grupos de interesse, como um todo. Assim, ressalta Hassemer que há fortes demandas sociais por criminalização²⁷⁹.

Contudo, Hassemer afirma que a proibição da omissão não é suficientemente consoante com a teoria do bem jurídico, pois a mensagem da proibição da omissão é positiva e a teoria do bem jurídico é eminentemente negativa. Ela é um teto, e não um piso, portanto. Assim, na concepção de Hassemer, a teoria do bem jurídico é imprescindível para determinar os limites da atuação do legislador penal e sua sintonia com a Constituição se coloca na medida em que ela se orienta pelo princípio de proibição do excesso²⁸⁰.

²⁷⁷ Hassemer afirmar, contudo, que é ingênuo pensar que a mera existência da teoria do bem jurídico terá força para impor a atuação do legislador conforme seus princípios. E esse é um dos motivos de sua constante crítica por diversos doutrinadores.

²⁷⁸ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?... cit. p. 101-103.

²⁷⁹ No caso brasileiro, seria possível mencionar os exemplos de pressão do movimento feminista pela criminalização do feminicídio ou de grupos de direitos LGBT pela criminalização da homofobia, embora o potencial preventivo das referidas criminalizações seja aberto a diversas críticas do ponto de vista criminológico. Eis a chamada esquerda punitiva, criticada por Maria Lúcia Karam. Neste sentido, vide KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. In Revista discursos sediciosos – crime, direito e sociedade nº 1, ano 1, 1º semestre 1996, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, p. 79-92.

²⁸⁰ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?... cit. p. 103-104.

Outro princípio constitucional invocado no âmbito da teoria do bem jurídico é o princípio da proporcionalidade, que deve regular, igualmente, a liberdade do legislador penal. Esse princípio é abordado por Sternberg-Lieben, que considera que, no Estado constitucional, o legislador tem como limite precípua a Lei Fundamental²⁸¹. Uma vez que o Estado existe para o cidadão, e não o inverso, as sanções penais, que configuram a restrição mais incisiva de liberdade do indivíduo, não podem se valer a qualquer preço ou destinar-se a qualquer finalidade, devendo ser precisamente fundamentadas e, portanto, limitadas. Contudo, a Constituição não oferece instruções concretas ao legislador no momento de decidir sobre o merecimento de pena de uma conduta, embora se pronuncie pelo entendimento de que a pessoa constitui seu valor jurídico mais alto, a cujo serviço deve se orientar toda a atividade estatal. Para o autor:

“(...) el Existe para el ciudadano, y no al revés. De aquí se sigue para el establecimiento de sanciones penales que la protección estatal de la paz jurídica ni puede pretenderse a cualquier precio ni puede consistir en la prosecución de cualesquiera finalidades que se le ocurran al legislador”²⁸².

Sternberg-Lieben faz, ainda, uma defesa da adequação da teoria pessoal do bem jurídico à Lei Fundamental, na medida em que ambas consideram que a pessoa é o valor mais alto a ser protegido pelo Estado. Assim, os bens jurídicos supraindividuais só podem receber proteção jurídico-penal quando possam funcionalizar-se a partir do interesse no desenvolvimento pessoa. Ademais, segundo ele, o conceito pessoal de bem jurídico não constitui apenas um postulado político-jurídico, mas igualmente interfere na concreta concepção de Estado, que situa a liberdade do indivíduo no centro do sistema.²⁸³

Aliás, a existência de bens jurídicos supraindividuais é justificada exatamente pelo fato de que os indivíduos não vivem isolados, mas somente em um contexto de individualidade social, integrados a uma comunidade. E é dessa relação mútua nos âmbitos sociedade e Estado que nascem novos elementos da existência pessoal em

²⁸¹ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 105-128. p. 106.

²⁸² STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal...* cit. p. 106.

²⁸³ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal...* cit. p. 110.

liberdade. Os legisladores, então, selecionam supostos bens jurídicos supraindividuais, na medida em que eles sejam o meio necessário para o desenvolvimento da pessoa. Meio ambiente, economia e proteção do Estado são defendidos, em geral, como forma mediata de proteção dos interesses dos cidadãos. Contudo, isso não os torna, segundo Sternberg-Lieben, automaticamente legítimos, pois exige vinculação com as condições de verdadeiro desenvolvimento pessoal – ou seja, não basta uma mera ilação abstrata²⁸⁴.

Com efeito, Sternberg-Lieben identifica que a evolução histórico-cultural e tecnológica implica novos riscos e novos bens a se proteger, mas estes riscos devem ser analisados profundamente, a fim de se averiguar se são, de fato, ao desenvolvimento da pessoa humana, ou se são riscos que atentam somente contra interesses do Estado ou do mercado, por exemplo. Ou seja, utilizar do aparato punitivo estatal para reprimir condutas que, nem de forma mediata, atentem contra interesses dos cidadãos é utilizar-se ilegitimamente do direito penal. Para Sternberg-Lieben, a dificuldade em se demonstrar que objetos de proteção supraindividual funcionalizam-se para interesses individuais e que, de fato, com determinada conduta, são colocados em perigo, reside no fato de serem objetos demasiadamente complexos.

Assim, em geral, há o recurso à uma justificativa aparentemente objetiva e racional, que se distancia dos limites clássicos do direito penal. Corre-se o risco constantemente de que o direito penal seja utilizado de maneira espúria, como uma ética coercitiva, apenas para servir de coação a disposições do direito administrativo²⁸⁵. Há assim uma criação artificiosa de bens jurídicos transpessoais – o que remete à discussão do direito penal simbólico, com objetivos latentes de mera coação de normas de conduta alheias à proteção de verdadeiros bens jurídicos.

O princípio da proporcionalidade é necessário, segundo Sternberg-Lieben, para se completar a teoria pessoal do bem jurídico. Tal princípio é observado, segundo ele, quando se obedece a duas condições: a intervenção é idônea e necessária para atingir o fim pretendido e existe uma adequada relação entre os meios e os fins²⁸⁶.

²⁸⁴ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal...* cit. p. 115.

²⁸⁵ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal...* cit. p. 115.

²⁸⁶ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal...* cit. p. 121-122.

Desproporcional é a sanção penal que não serve para atingir o fim de proteção do bem jurídico, ou que é um meio excessivamente penoso para obtenção de tal fim.

A questão que dificulta a análise dessa proporcionalidade é que o Congresso que cria a lei penal, com base na maioria dos votos. Mas o conhecimento técnico, apesar da assessoria jurídica, é limitado. Por isso, após a promulgação de uma lei, é cabível revisão por Tribunal Constitucional, em caso de flagrante desproporcionalidade – que pode ser invocada como inconstitucionalidade. Contudo, esse controle externo do Tribunal Constitucional dá espaço para a formação de um Estado de Jurisdição constitucional, violando a divisão dos poderes na Democracia. A atividade política não pode ser substituída pela execução jurídica da Constituição, portanto, a orientação precisa da Constituição, ainda que existisse, ainda assim estaria submetida ao exercício da vontade política do legislador penal.²⁸⁷ A conclusão de Sternberg-Lieben é que a restrição produzida pela teoria do bem jurídico pessoal quanto à liberdade criativa do legislador penal não terá efeitos práticos antes de um desenvolvimento de parâmetros para o controle constitucional das valorações do legislador. Do contrário, permanecerá no âmbito da teoria²⁸⁸.

Otto Lagodny propõe, por sua vez, que o Direito Penal substantivo deve ser tomado como pedra de toque da dogmática constitucional, centralizando a questão sobre os fins do direito penal²⁸⁹. De fato, o Direito constitucional tem a função de controle e orientação de todos os demais ramos do direito, por isso sua utilização como referência é fundamental e imprescindível. Contudo, é no direito penal que se encontra a resposta para a necessidade de sua existência, que se destina, em tese, à proteção dos bens jurídicos. O diálogo entre os ramos é, portanto, necessário para a conformação de uma lei justa e legítima.

²⁸⁷ Há que se ressaltar que na Alemanha, diferentemente do Brasil, o controle de constitucionalidade se dá apenas de forma concentrada. Assim, qualquer discussão acerca de legitimidade ou constitucionalidade de uma norma penal é feito exclusivamente pelo Tribunal Constitucional. No caso brasileiro, o controle difuso abre a possibilidade para fatos jurídicos como o ocorrido nos Juizados Especiais Criminais de Belo Horizonte/MG, que passaram a absolver pelo delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, o delito de porte de entorpecentes para uso, com base na ausência de ofensa a bem jurídico.

²⁸⁸ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal...* cit. p. 126-127.

²⁸⁹ LAGODNY, Otto. *El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional.* In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p.129-136.

Já o tema referente aos direitos fundamentais, constitucionalmente previsto, e sua relação com o Direito Penal, é abordado por Martins Bose, segundo o qual todo tipo penal atenta contra os direitos fundamentais do indivíduo²⁹⁰. Apesar disso, o penalista ressalta que a Constituição não define, taxativamente, quando deverá haver intervenção penal, tornando a discricionariedade do legislador demasiadamente ampla.

O controle de constitucionalidade, para ele, é possível na medida em que se analisa a ponderação entre direitos fundamentais – ou seja, o direito lesionado e o direito fundamental da liberdade, haja vista que ele é a contrapartida de uma intervenção penal, por meio da pena. Essa liberdade, contudo, não se trataria de mera liberdade de agir, e sim da liberdade de ir e vir, por exemplo, haja vista que a sanção penal é, a princípio, privativa de liberdade²⁹¹. A ameaça do direito administrativo é também restritiva de liberdade, mas sobre a propriedade, por exemplo, ao culminar uma multa. O direito civil, por sua vez, ocasionalmente gera ônus de pagar. O direito tributário cria impostos.

Assim, nesses outros ramos do direito, o Estado coloca nas mãos do indivíduo a decisão de assumir os inconvenientes associados a uma determinada conduta ou renunciar à sua liberdade. A norma penal, por sua vez, tem um caráter obrigatório mais evidente, é um dever, pois há a ameaça do direito fundamental de liberdade de locomoção e de usufruir da vida social²⁹². Nos diversos graus de limitação de liberdade, o direito penal é aquele mais privativo dela. Certamente, de acordo com a teoria da escolha racional, o indivíduo ainda possui certo nível de liberdade de eleição entre uma conduta ou outra, mas o legislador penal busca reduzir ao máximo tal liberdade de escolha. De fato, a dissuasão da conduta penal implica um preço demasiadamente alto para o indivíduo. Disso se depreende, inclusive, a função comunicativa ou pedagógica do direito penal de influir na conduta dos cidadãos, dizendo o que é justo e o que não é. Justamente pela gravidade da sanção penal é que a norma que a implementa carece de justificação material especial frente a outros instrumentos de atuação do Estado. A ponderação da proporcionalidade da sanção,

²⁹⁰ BÖSE, Martin. *Derechos fundamentales y derecho penal como 'derecho coactivo'*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 137-146. p. 137-138.

²⁹¹ BÖSE, Martin. *Derechos fundamentales y derecho penal como 'derecho coactivo'*... cit. p. 140-141.

²⁹² BÖSE, Martin. *Derechos fundamentales y derecho penal como 'derecho coactivo'*... cit. p. 141-143.

então, deve levar em consideração diversas referências, de modo a que o instrumento penal pareça sustentável.

Michael Bunzel também se dedica à questão do princípio constitucional da proporcionalidade como referência à proteção de bens jurídicos na atual sociedade da informação²⁹³. Ele chama a atenção para a sociedade moderna, cujos comportamentos humanos estão cada vez mais complexos e diversificados. Do ponto de vista da proporcionalidade, ele se questiona acerca de quanta pena é necessária para regular tal nova realidade.

De fato, como é de se esperar no campo das ciências sociais aplicadas, não há uma resposta única, pois são inúmeros os fatos que influenciam na realidade social, o que faz com que não haja uma orientação inequívoca para a orientação do legislador penal²⁹⁴. Não há, assim, um sistema de limitação suficientemente estruturado, com capacidade ímpar de abstração e eficiência, que possa ser aplicável com facilidade pelo legislador, embora a dogmática se esforce para tal. Bunzel, assim como Hassemer, também remete ao princípio constitucional da proibição do excesso como critério de limitação adequado para a direção de condutas através do direito penal.

O princípio da proporcionalidade ganha espaço, na medida em que serve para ponderar a atuação do legislador, servindo de controle externo. A idoneidade e a necessidade da pena devem ser auferidas ao se sopesar a função da pena para atingir o fim pretendido²⁹⁵. Neste ponto, Bunzel critica o fato de que as decisões do Tribunal Constitucional que anularam alguma norma penal como consequência de sua desproporcionalidade são demasiadamente raras, até mesmo em razão de um fator social e jurídico, de não haver pressão nesse sentido.²⁹⁶ Segundo ele, a ausência

²⁹³ BUNZEL, Michael. *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidade como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 147-176.

²⁹⁴ Diferentemente da teoria do delito ou da imputação objetiva, que são mais racionais e precisas, a função crítica, limitadora do bem jurídico, não consegue ser tão precisa.

²⁹⁵ BUNZEL, Michael. *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidade como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información...* cit. p. 158.

²⁹⁶ Com efeito, no âmbito das questões econômicas e tributárias, os cidadãos, principalmente aqueles com mais recursos econômicos e jurídicos, cobram constantemente do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, menor intervenção estatal. Questiona-se a constitucionalidade de impostos excessivos, por exemplo. Mas não é comum ver entidades ou grandes grupos de interesse pressionando pela descriminalização de condutas teoricamente desproporcionais. No caso brasileiro, seria possível citar, apenas, os casos da pressão feminista pela descriminalização

também se deve à falta de mecanismos efetivos de regulação jurídico-penal ou constitucional-penal. A cobrança de um Estado mínimo do ponto de vista econômico é muito maior do que a cobrança por um Estado mínimo do ponto de vista penal²⁹⁷.

Há, ademais, segundo Bunzel, princípios limitadores do poder punitivo que estão em consonância com a Constituição, não sendo, necessariamente, previstos expressamente na Lei Fundamental. Seriam eles a danosidade social, o merecimento e a necessidade da pena, a *ultima ratio*, a fragmentariedade e a subsidiariedade²⁹⁸. Entretanto, todos esses princípios limitadores encaram grande dificuldade de implementação diante da atual tendência do direito penal moderno, chamado Direito Penal de risco, que consagra o fenômeno da expansão penal, ao incriminar diversos perigos da vida em sociedade.

Os princípios e garantias penais foram relativizados, a partir do momento em que as expectativas de se usar o direito penal como solução de problemas sociais aumentou consideravelmente. A agenda política e seus diversos assuntos passaram a utilizar o direito penal como solução, sendo que sua função, na verdade, seria exclusivamente a de proteção de bens jurídicos. O aumento de delitos de perigo abstrato é significativo, o que não pode ser freado pela jurisprudência, que se vê obrigada a seguir a lei. O legislador, por sua vez, não se questiona acerca da legitimidade ou ilegitimidade dos bens tutelados, que passam a integrar o rol da tutela penal.²⁹⁹

Bunzel conclui, contudo, que não há um conceito preciso de proporcionalidade constitucional, sendo que, por isso, acaba sendo um critério pouco eficaz para a limitação do legislador em matéria penal. Mas um dos princípios norteadores, capazes de dar mais precisão à proporcionalidade, seria o princípio da necessidade da pena para atingir o fim de proteção a que se presta – ou seja, haveria a necessidade apenas quando nenhum outro meio fosse capaz de garantir a proteção do bem. No âmbito

do aborto e a pressão de diversos setores pela descriminalização do uso de drogas. No tocante aos demais delitos, o que se nota é apenas a defesa da imputação, no caso concreto, e não questões da ordem da legitimidade da intervenção penal por meio da norma incriminadora.

²⁹⁷ Inclusive, os grandes detentores de poder econômico, com frequência, são adeptos do liberalismo econômico, mas não são adeptos do direito penal liberal. Cobra-se punição, um Estado policial, mas se quer um Estado que não intervêm na Economia.

²⁹⁸ BUNZEL, Michael. *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidade como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información...* cit. p. 160.

²⁹⁹ BUNZEL, Michael. *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidade como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información...* cit. p. 162.

dessa discussão, o simbólico ganharia lugar no momento em que a pena não fosse capaz de atingir os fins³⁰⁰. Segundo ele, seria interessante criar um padrão fixo de propriedades verificáveis que todo bem jurídico deveria cumprir para ser considerado como tal³⁰¹, a fim de reconhecer os casos verdadeiramente problemáticos. Enquanto isso, a Constituição serviria como fonte de resposta sobre o quanto o direito penal, em cada caso, é útil e, sobretudo, legítimo.

Em um terceiro grupo de perspectivas doutrinárias acerca da teoria do bem jurídico, intitulado, por ocasião das jornadas ocorridas na Alemanha, como *Ressurreição da Teoria do Bem Jurídico*, o bem jurídico é considerado como alicerce de legitimação da norma penal, mas são igualmente adicionadas reflexões em sintonia com os atuais desafios da sociedade moderna.

Roland Hefendehl propõe que o bem jurídico seja considerado o eixo material da norma penal³⁰². Inicialmente, apresenta a importante distinção entre os conceitos de bem jurídico e objeto da ação, sendo que o segundo surge da contemplação do curso puramente externo da ação incriminadora. Por sua vez, o bem jurídico é o valor protegido pela norma³⁰³. O exemplo clássico apresentado é o caso do delito de homicídio, no qual o bem jurídico tutelado é a vida, mas o objeto da ação é pessoa, que é atingida. Hefendehl ainda procede a uma sistematização dos bens jurídicos coletivos, bem como a uma exclusão dos bens jurídicos aparentemente coletivos.

Os bens jurídicos, segundo ele, são aqueles que protegem condições do Estado, enquanto os bens jurídicos individuais configurariam âmbito de interesse apenas individual³⁰⁴. Diferentemente de alguns teóricos mais radicais, Hefendehl admite a existência legítima de alguns bens jurídicos coletivos, mas assevera que é necessário observar alguns requisitos. O primeiro por ele apresentado é o princípio da “exclusão” e da “não rivalidade”, pois ninguém pode ser excluído do seu uso e o uso de um indivíduo A não prejudica o uso de um indivíduo B. O segundo é o princípio da “não distributividade”, que revela a impossibilidade de se distribuir ou dividir o bem

³⁰⁰ BUNZEL, Michael. *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidade como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información...* cit. p. 174.

³⁰¹ BUNZEL, Michael. *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidade como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información...* cit. p. 169.

³⁰² HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal. In HEFENDEHL, Roland (Ed). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 179-196. p.179-186.

³⁰³ HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal...* cit. p. 180-181.

³⁰⁴ HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal...* cit. p. 182-184.

coletivo em porções. O bem jurídico coletivo, segundo Hefendehl, é vulnerável frente a um consumo contrário ao ordenamento e, portanto, pode ser reduzido ou destruído³⁰⁵. Por outro lado, o consumo – afinal, ele é um bem do qual se usufrui – conforme o ordenamento, dentro do risco permitido, possibilita manter intacto o bem jurídico. Ademais, tais bens devem ser disponíveis para uso de toda a sociedade, e não destinados a apenas uma parcela de indivíduos.

Diferentemente dos bens jurídicos coletivos legítimos, Hefendehl ressalta a existência dos aparentes bens jurídicos³⁰⁶. Segundo ele, são aqueles que aparentam ser bem jurídico, mas não o são. De fato, ocorre frequentemente, por parte do legislador e da doutrina, a atribuição de um bem jurídico a cada norma penal – sem necessariamente se buscar reflexões profundas a respeito. Por isso, inclusive, segundo Hefendehl, a teoria do bem jurídico acaba perdendo muita força, por se encaixar nela qualquer concepção³⁰⁷. Hefendehl defende, ainda, que nesses casos, o tipo penal castiga a mera infração de um dever, o que é contrário à Constituição.

Ademais, a legitimação da intervenção penal em delitos cujo bem jurídico é coletivo, é necessário demonstrar, faticamente, que haja causalidade entre a ação típica e a lesão ao bem jurídico. Diante disso, e com a frequente criação de delitos de perigo abstrato, constantemente questionada do ponto de vista dogmático, em especial por não haver uma comprovação, de imediato, de lesão ou causalidade de risco, surgiu a ideia, segundo Hefendehl, de acumulação. A ideia da acumulação se aplica a ações individuais em si inócuas, dado que sem uma proibição reforçada com uma sanção haveria de se contar com que se cometeria em grande número e, como consequência, lesionaria o bem jurídico protegido.³⁰⁸ Como exemplos, o autor usa os delitos contra o meio ambiente e de natureza tributária, que, isolados, em geral, não causam grandes impactos, mas que de forma cumulada podem implicar um resultado desastroso para interesses coletivos. Sendo assim, Hefendehl conclui que, para se constatar se um tipo penal é legítimo, é necessário combinar a teoria do bem jurídico com a estrutura delitiva, e que, sem o bem jurídico, tanto o exame sobre a constitucionalidade como a busca de estruturas delitivas “flutuariam no ar”³⁰⁹. Assim,

³⁰⁵ HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal...* cit. p. 189.

³⁰⁶ HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal...* cit. p. 191.

³⁰⁷ HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal...* cit. p. 191.

³⁰⁸ HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal...* cit. p. 195.

³⁰⁹ HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal...* cit. p. 196.

Hefendehl reforça sua posição de que, apesar dos maus presságios, o bem jurídico continua sendo o eixo material da norma penal e das figuras de imputação.

Schünemann, de forma semelhante, considera que o princípio de proteção dos bens jurídicos é ponto de fuga dos limites constitucionais dos tipos penais e de sua interpretação³¹⁰. Ele é, inclusive, um dos grandes defensores da imprescindibilidade da teoria do bem jurídico como fundamento e limite do direito penal, afirmando frequentemente que ela é o ponto de partida para examinar a legitimidade de tipos penais³¹¹. O penalista alemão, da escola de Munique, defende, ainda, que o fato de não haver um conceito fixo e preciso não é motivo para invalidá-lo, pois ele pode ser objeto de estudo independentemente de haver uma “lista” de critérios para definir o conceito e a mera subsunção para se concluir que se trata de um bem jurídico³¹².

No tocante a essa dificuldade metodológica, Schünemann diz que poderiam ser percorridos três caminhos científicos, porém errôneos: o primeiro seria partir de exemplos empíricos, comparando as características dos bens jurídicos existentes; o segundo seria o da definição tautológica, ou seja, com palavras diferentes para expressar a mesma ideia, definindo-se o desconhecido com algo também desconhecido, algo determinado, propondo-se soluções meramente aparentes; e o terceiro seria o da remissão a outro sistema de definição, ou seja, um conceito incompleto. Schünemann, além de discordar destes caminhos, propõe uma quarta via: a compreensão do bem jurídico como diretriz normativa, que é um meio de aplicação instrutiva de conhecimentos filosóficos, e não de meras “artimanhas” jurídicas³¹³.

Schünemann explica, ainda, que na evolução da teoria do bem jurídico, do ponto de vista histórico, há 250 anos, o direito penal vem sendo tratado predominantemente sob a perspectiva iluminista do contrato social, distanciando-se do caráter questionável e da seletividade do poder punitivo estatal³¹⁴. A ideia do

³¹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 197-226.

³¹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación...* cit. p. 198.

³¹² SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación...* cit. p. 200.

³¹³ SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación...* cit. p. 202.

³¹⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación...* cit. p. 203.

contrato social, no âmbito do direito penal, neutraliza o potencial crítico da atividade do legislador, que, na verdade, está dotada de grande carga de poder e influência de diversas fontes – política, econômica, grupos religiosos etc. Segundo Schünemann, no primeiro terço da história de 250 anos da moderna teoria jurídico-penal, a ideia do contrato social como pano de fundo da teoria penal era unânime. Beccaria defendia a proteção dos bens públicos, como tranquilidade e paz pública. Kant usava a fórmula da liberdade individual em convivência com liberdades alheias, na qual poderia haver sanção no caso de qualquer lesão de direito alheio. Feuerbach admitia a penalização de qualquer lesão de direito subjetivo, inclusive da moral. Por sua vez, Birnbaum tentou, com a ideia de “bem”, evitar uma transposição do direito penal a um metanível normativo, tal como proclama hoje, por exemplo, Jakobs, ao defender o direito penal como protetor da “vigência da norma”. Isso, segundo Schünemann, é o mesmo que permitir qualquer tipo de criação legislativa penal, sem limite algum³¹⁵,

Embora Schünemann reafirme a imprescindibilidade da teoria do bem jurídico, ele igualmente reconhece a escassa importância que lhe é dispendida pela jurisprudência do Tribunal constitucional alemão³¹⁶. Apesar de o princípio não vir previsto expressamente na Lei Fundamental, de fato, o autor ressalta que ele está em plena sintonia com a mesma e vem calcado em princípios liberais clássicos do Direito Penal. Segundo o penalista, nenhum outro ramo do direito cedeu espaço para tanto abuso da ditadura do nacional-socialismo alemão, de Hitler, como o direito penal³¹⁷. A fim de se justificar a existência de qualquer norma penal que se pretendesse fazer vigente, houve um significativo distanciamento da teoria do bem jurídico e um recurso excessivo a figuras autoritárias de intervenção penal. A atuação do legislador, em sintonia com os interesses do Terceiro Reich, não era posta em dúvida e pouco se discutia acerca de sua legitimidade.

Este episódio foi, conforme entendimento de Schünemann, bastante significativo para se atentar acerca dos riscos da utilização do direito penal para fins

³¹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación...* cit. p. 205.

³¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación...* cit. p. 209.

³¹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación...* cit. p. 210.

políticos e discricionários³¹⁸. A teoria do bem jurídico serve, assim, para conter impulsos não somente autoritários, mas também de manifestações políticas mais graves, como ditatoriais e fascistas, normalmente vinculadas a uma percepção mais autoritária da lei.

O autoritarismo, ainda, se manifesta na forma de paternalismo, que é o que ocorre, segundo Schünemann, com o caso da proibição de porte para uso de entorpecentes. Segundo ele, o paternalismo ocorre quando o Estado atua excessivamente, abusando de seu poder para intervir em questões de intimidade do cidadão, quando este poderia ter a liberdade para decidir por si mesmo. A partir disso, Schünemann faz a metáfora de que *“A lei fundamental serve a teoria penal do bem jurídico ao Tribunal Constitucional em uma bandeja de prata, tal como foi servida a cabeça de São João Batista à Salomé, ainda que este sempre a tenha rechaçado”*.³¹⁹

Schünemann faz, ainda, uma crítica acerca dos bens jurídicos coletivos aparentes, que são, na verdade, uma classe de bens jurídicos individuais somados – como exemplo, ele menciona o caso da saúde pública, utilizada para justificar a proibição dos delitos de uso e tráfico ilícito de entorpecentes. E, nesse caso, Schünemann chama a atenção para a existência de um bem jurídico o qual ele denomina intermediário. Por fim, Schünemann conclui afirmando que o princípio de proteção do bem jurídico é a rocha sólida do pensamento liberal e, portanto, da justiça, sendo assim indispensável.³²⁰

³¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación...* cit. p. 211.

³¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación...* cit. p. 211. Tradução livre do espanhol. Schünemann afirma, ainda, que o Tribunal Constitucional alemão perdeu uma grande oportunidade de se manifestar sobre a necessidade de proteção do bem jurídico para legitimidade da norma penal quando decidiu por extinguir o delito de homossexualidade masculina – sodomia/pederastia – pois usou como fundamentação o fato de não ser mais *moralmente* reprovável. Isso serviu de munição aos críticos da teoria do bem jurídico, mas para Schünemann foi má atuação do Tribunal Constitucional. Posteriormente, houve duas outras oportunidades, que foram a do aborto e a da *cannabis*, mas em ambos o Tribunal agiu mal de novo e não considerou a teoria do bem jurídico como referência limitadora da norma penal. Por sua vez, no caso do delito de porte para uso de drogas, o Tribunal Constitucional alemão, além de não mencionar as teorias de bem jurídico, ainda considerou como referência “interesses da comunidade”, um termo demasiadamente vago. Segundo Schünemann, neste caso, não há bem jurídico coletivo, e sim a soma de bens jurídicos individuais de cada pessoa (saúde humana). E seria, ainda, uma hipótese de autocolocação em perigo, não havendo que se falar em bem jurídico alheio, o que é responsabilidade do próprio consumidor (como quando usa tabaco, álcool, açúcar etc). Ou seja, é um exemplo de legislação penal eminentemente paternalista

³²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación...* cit. p. 226.

Knut Amelung aborda, por sua vez, o conceito de bem jurídico na teoria da proteção penal de bens jurídicos, ressaltando que o conceito, em si, é utilizado em outros ramos do direito, motivo porque é necessário distingui-lo do ponto de vista da ciência penal.³²¹ Segundo Amelung, a criação dos bens jurídicos passa por um juízo de valor, o que exige, necessariamente, que algum sujeito específico lhe atribua valor. Como sujeitos avaliadores, ele cita Deus, a comunidade cultural, a sociedade, a comunidade política, representada pelo legislador, e até o próprio indivíduo. O legislador, segundo ele, apenas considera como bem a ser conservado algo realmente relevante para algum desses sujeitos. E é exatamente para quem o bem jurídico é um valor que determina sua classificação: individual, da coletividade, do Estado, nacional ou estrangeiro³²²

Tal classificação, contudo, parte segundo Amelung de uma lógica fictícia, presumida, pois o próprio sujeito não necessariamente manifesta qual seu interesse. Amelung critica, contudo, o caráter supostamente vazio do conceito de bem jurídico, no qual paira grande indeterminação acerca do juízo de valor que cria o bem. O conceito, em si, não informa seu conteúdo, estando aberto a diversas valorações. Assim, o dogma do bem jurídico, se converte, segundo o doutrinador, em um ponto de conexão da dogmática com a política, de modo que o conceito culmina por ter que conciliar a estabilidade do sistema jurídico e o dinamismo do sistema político.³²³

Amelung remete a Birnbaum, que em 1834 rompeu com a concepção da teoria do dano social, consoante com o contratualismo, segundo o qual qualquer interesse coletivo poderia ser tutelado pelo direito penal. Birnbaum passou a considerar que apenas alguns bens podem gozar de proteção penal. Binding, por sua vez, 40 anos depois, formulou a primeira teoria do bem jurídico, vinculando-a expressamente à limitação das valorações desempenhadas pelo legislador.³²⁴ E, na sequência do desenvolvimento da teoria do bem jurídico, apresenta algumas críticas referentes à teoria pessoal do bem jurídico, segundo a qual, representada predominantemente por

³²¹ AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 227-264. p. 227.

³²² AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos...* cit. p. 230.

³²³ AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos...* cit. p. 232.

³²⁴ AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos...* cit. p. 233.

Hassemer e Roxin, os bens jurídicos coletivos devem orientar-se para o interesse da pessoa humana.

Segundo Amelung, tal concepção exclui a questão dos animais, evidenciando um “especismo”, rechaçado por muitos. Outra crítica por ele apresentada é que na sociedade moderna, os Estados se organizam de maneira tão flexível, que não somente no direito penal, mas em outros âmbitos sociais, criou-se um campo de ação para a tomada de decisões que não dizem, necessariamente, respeito ao indivíduo. São questões relativas ao bom funcionamento de sistemas sociais, que oferecem suas prestações de um modo mais ou menos neutro”, isto é, a todos, de modo que a exigência de vinculação pessoal supõe um “superesforço” do personalismo.³²⁵ Segundo Amelung, a teoria pessoal do bem jurídico nasceu com o intuito de tirar a pesada carga de necessidade de legitimação do direito penal, já que ele impõe um mal, o mal da pena. Assim, se justifica uma pesada limitação de liberdade com uma forte orientação utilitária para a pessoa humana. Segundo ele, a preciosa ideia, contudo, acaba sendo traída pela própria realidade do direito penal, que definitivamente não atende a esses fins.³²⁶

Amelung tem, ainda, uma visão pessimista acerca de um consenso social amplo na porção de valores que deve ser tomado como bens jurídicos, tendo em vista a pluralidade axiológica e multicultural da sociedade. Sendo assim, uma teoria do bem jurídico que seja vinculante e suscetível de consenso é, segundo ele, praticamente impossível.³²⁷ Em razão dessa ausência de consensualidade, é necessário exigir uma via procedimental, inclusive com exigência de mais formalidades – o autor até sugere que a aprovação de leis penais conte com uma maioria mais qualificada, sendo que menciona a proposta de Jalinski, de 2/3³²⁸. Isso tudo porque, com razão, a doutrina penal tem grande desconfiança do legislador, haja vista que a criação de normas penais resulta de uma atividade impregnada de oportunismo, do ponto de vista político, que afeta a confiança na racionalidade do procedimento. Psicologicamente,

³²⁵ AMELUNG, Knut. *El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos...* cit. p. 236-237.

³²⁶ AMELUNG, Knut. *El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos...* cit. p. 238.

³²⁷ AMELUNG, Knut. *El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos...* cit. p. 238.

³²⁸ AMELUNG, Knut. *El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos...* cit. p. 239.

há ainda a desconfiança de que haja um fundo moral, de vingança, de busca por bodes expiatórios e de realização de políticas escusas por meio da criação penal legislativa. Assim, o fundo crítico do debate é deveras intenso.

O crítico Amelung ainda ressalta que as funções e o conteúdo político jurídico do direito penal levam em conta a interpretação teleológica, ou seja direcionada aos fins, do direito penal. Segundo ele, a ideia de proteção de bem jurídico auxiliou na legitimação do direito penal, pois havia sentido em intervir com a sanção se, e somente se, fosse para atingir aquele fim.³²⁹ Assim, para ele, a teoria impediria que legisladores e interpretes protegessem uma norma de conduta pela mera vigência da normal. Do contrário, o legislador será déspota (autoritário) ou moralista. O déspota, para Amelung, pode exigir atos simbólicos de submissão, ou seja, obediência pela obediência. Já o moralista pode impor sua própria moral sobre os demais. Ambos são rechaçados pela teoria do bem jurídico, que os considera tendências ilegítimas. Na medida em que, do ponto de vista da teoria do bem jurídico, há imposição de limites ao despotismo e ao moralismo, percebe-se que ela é uma teoria eminentemente liberal, pois valoriza a liberdade individual e vai contra o intervencionismo Estatal.³³⁰ Por sua vez, o despotismo está associado ao autoritarismo e ao Estado Policial, e o Estado moralista está normalmente associado a concepções conservadoras e muitas vezes à moral cristã, que punia condutas sem vítima, como as práticas homossexuais.

Há, ainda, a figura dos bens jurídicos aparentes, que segundo Amelung são aqueles bens que, supostamente denominados bens jurídicos, não protegem mais do que normas de conduta, ou somente algum aspecto relacionado como sua vigência. Segundo ele, isso ocorre, por exemplo, com a questão da confiança e da segurança, pois ambas estão vinculadas às consequências psíquicas da vigência das normas em coletividade³³¹. Menciona, igualmente, a questão da espiritualização de bens jurídicos, que é o distanciamento da concreção e a aproximação das ideias idealizadoras, que

³²⁹ AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos...* cit. p. 246.

³³⁰ AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos...* cit. p. 247.

³³¹ AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos...* cit. p. 249.

fazem parte do ideal alemão. Protege-se, assim, cada vez mais, bens que não são suscetíveis de lesão³³².

Amelung, por fim, faz uma profunda reflexão a respeito da verdadeira função de proteção de bem jurídico pela norma penal. Segundo ele, a norma é reativa, implicando sanções apenas após a lesão ao bem, ou seja, ela não impede, de fato, a lesão ao referido bem jurídico lesionado. A sanção vem apenas após a infração à norma. A tentativa, portanto, é de se impedir que outros delinquam³³³. E conclui, em seguida, que a teoria da proteção do bem jurídico não está exatamente em crise, embora recentemente muitos doutrinadores afirmem isso. Segundo ele, a sensação de crise do partidário da função crítica do bem jurídico na verdade é produto da constatação de que ela nunca realmente cumpriu as expectativas geradas sobre ela. Afinal, o que resulta socialmente lesivo não é o que determina a ciência, e sim um sujeito político.

Karsten Gaede, concluindo esse tópico rodada das jornadas alemãs, aborda outro aspecto da função legitimadora da teoria do bem jurídico, que se difere da função crítica: a função imanente ao sistema. Diferentemente da função crítica, que é limitadora, a função imanente remete à proteção do bem, exigindo a interpretação teleológica da lei, conforme o princípio da proporcionalidade.³³⁴ Ela serve para orientar a interpretação e a aplicação da lei penal, ou seja, um momento posterior à criação da norma penal, mas igualmente importante para responder ao papel de proteção de bens jurídicos. Tal interpretação vive do fim da lei, por isso, o fim da lei é fundamentação para a devida análise da legitimidade da norma.

Em seguida, as jornadas alemãs dedicaram-se à relação da teoria do bem jurídico com o tema da imputação, sendo von Hirsch e Wohlers os primeiros a analisar essa perspectiva³³⁵.

³³² AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos...* cit. p. 251.

³³³ AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos...* cit. p. 259.

³³⁴ GAEDE, Karsten. *Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico imanente al sistema en el ejemplo del fraude de subvenciones*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 265-281. p. 269.

³³⁵ Vide HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 285-308.

Para eles, a reflexão sobre a estrutura do delito e os critérios de uma imputação justa e legítima é um tema igualmente indispensável no que concerne a discussão sobre a legitimação do direito penal.

Os autores defendem que, até hoje, a teoria do bem jurídico crítico ao sistema não conseguiu cumprir o objetivo de colocar um critério plausível nas mãos do legislador para servir de escala para o exame da justiça e da legitimidade das decisões penais. E eles sugerem como uma das possíveis razões o fato de que, mediante certo esforço, qualquer tipo penal pode ser relacionado com algum bem jurídico razoavelmente legítimo, se o intérprete estiver disposto a considerar como suficiente a presença de nexos de imputação indiretos³³⁶.

Em outras palavras, ainda que o bem jurídico seja legítimo, apenas é legítimo reagir penalmente a determinada conduta que esteja diretamente relacionada a sua lesão ou colocação concreta em perigo. A questão é considerada por von Hirsch e Wohlers, conduto, não como secundária, e sim como um problema autônomo acerca da legitimidade das normas penais. O decisivo, assim, é a relação que as condutas proibidas têm com a verdadeira proteção do bem jurídico.³³⁷ Von Hirsch e Wohlers, embora tenham escrito anteriormente sobre o mesmo assunto, decidiram publicar tal artigo, em consideração às suas semelhantes conclusões sobre o tema. Eles dividem as categorias do delito em três: lesão, perigo concreto e perigo abstrato, sendo que este último concentra a maior parte das dúvidas acerca da legitimidade, posto que não lesiona nem coloca, concretamente, o suposto bem jurídico sob perigo.³³⁸ Dentre os delitos de perigo abstrato, os autores destacam: os delitos preparatórios – nos quais a conduta prévia poderá ser aproveitada para outra que, efetivamente, colocará em risco o bem jurídico; delitos cumulativos – aqueles nos quais as condutas, por si só, não lesionam o bem jurídico, mas que de forma cumulada o bem jurídico se vê efetivamente lesado; e os delitos de periculosidade concreta – nos quais as condutas fogem do controle do autor, causando verdadeiro risco, sob uma análise mais verificável.

³³⁶ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa...* cit. p. 285.

³³⁷ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa...* cit. p. 287.

³³⁸ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa...* cit. p. 288.

Von Hirsch e Wohlers, ainda, definem critérios para uma imputação justa, em cada um dos tipos de delito que consideram como de perigo abstrato. No caso dos delitos preparatórios, eles chamam atenção para o princípio da responsabilidade pessoal como limite da restrição da esfera de liberdade do indivíduo. O ato preparatório não efetivamente lesa o bem jurídico protegido, portanto, se o indivíduo que de fato o lesa for imputável, o que realiza o ato preparatório não deveria ser punido. Diferentemente ocorreria, por exemplo, se esse segundo indivíduo fosse um inimputável. Outro critério é o da necessidade de se fixar parâmetros normativos, e não empíricos, para se determinar a irrelevância da previsibilidade ou imprevisibilidade da conduta do indivíduo que de fato lesa o bem jurídico. Por fim, eles sugerem que deve haver princípios para fundamentar a ampliação da esfera de responsabilidade de quem atua em primeiro lugar, tal como a adequação social da conduta, o princípio da confiança e a implicação normativa³³⁹.

Em seguida, no tocante aos delitos cumulativos, os autores von Hirsch e Wohlers afirmam, igualmente, que é necessário criar critérios normativos, para que a hipótese da danosidade social de cada conduta seja minimamente realista. Para eles, até mesmo condutas nada lesivas, de modo cumulativo, podem levar a lesões insuportáveis. Para isso, destacam que é indispensável o recurso às ciências empíricas, que são necessárias para a compreensão dos prognósticos.³⁴⁰ Não basta, portanto, a possibilidade lógica ou abstrata, que segundo os autores incorreria na falácia metodológica, para que se afirme que determinada conduta, acumulada, causa determinada consequência lesiva. Por fim, os delitos de perigosidade concreta exigem uma standardização dos comportamentos, segundo von Hirsch e Wohlers, ainda que eventualmente um determinado indivíduo possua mais habilidade de evitar um resultado danoso do que outros – como por exemplo um corredor profissional de

³³⁹ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa...* cit. p. 293-295.

³⁴⁰ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa...* cit. p. 301. Neste ponto, cabe destacar, desde já que quando há uma interdisciplinaridade entre Direito Penal e outra área social complexa, como a economia, é imprescindível que a lei se adeque a esse tipo de ciência. No caso da economia, inclusive, há um fator de dificuldade, quando se tem muita especulação e pouca ciência exata. Ou seja, há menos empirismo e verificabilidade do que as ciências biológicas, por exemplo (na qual poderia haver uma comprovação científica de que determinada conduta, acumulada, gera um efeito irreversível no meio ambiente). As provas empíricas não podem ser substituídas por meras concepções subjetivas, que dão azo à discricionariedade e ao autoritarismo político.

fórmula um, ao dirigir um veículo embriagado.³⁴¹ Isso implica, assim, que haja um desvalor material da conduta, não somente um desvalor formal, evitando que se ameace com sanção penal condutas que dificultem o cumprimento de funções administrativas.

Na sequência, Frisch relaciona a teoria do bem jurídico com a estrutura do delito e com a imputação, no contexto da legitimação da pena estatal. Ele menciona que a vagueza do conceito de bem jurídico levou à sua escassa função limitadora³⁴², bem como afirma que atribuir tal conceito a valor é algo temerário, pois pode sofrer distorções relativas aos valores da sociedade em questão.

Para Frisch, usar a Constituição como orientação também é impreciso, pois ela protege demasiados valores, mas não distingue o que seria digno de proteção penal ou não. E nem tampouco, para ele, deve prosperar a teoria pessoal do bem jurídico, segundo a qual os bens devem funcionalizar-se para o desenvolvimento dos indivíduos, pois, segundo Frisch, praticamente todos os valores em sociedade são direcionados a tal fim. Outro problema destacado pelo autor é o quase inapreciável conteúdo material e a incapacidade evidentemente explicável de extrair, completamente, do âmbito do direito penal lesões que sejam referentes a meras representações morais. Todos esses fatores acabam por dificultar a legitimação da intervenção penal.

Frisch avalia, ainda, que há uma quase total ausência de diálogo entre legisladores e doutrinadores penais no tocante às reflexões sobre quais bens devem ser considerados bens jurídicos dignos de tutela penal, o que leva ao seguinte fenômeno: os bens que recebem tutela penal já são previamente considerados como bens necessários para a comunidade e o ordenamento jurídico, como o direito econômico, do trabalho, ambiental etc. Eles antecedem o direito penal, sendo que a tutela penal vem posteriormente, apenas como reforço.³⁴³ Tal reforço, por sua vez, se faz aparentemente necessário a partir do momento em que o Direito Administrativo se

³⁴¹ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa...* cit. p. 307.

³⁴² FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito y imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In* HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 309-340. p. 311.

³⁴³ FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito y imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal...* cit. p. 316.

empenha para promover o funcionamento de seus interesses, mas diante de certa falibilidade de impor determinadas condutas, requer o auxílio do direito penal para concretizar essa suposta proteção de bens e interesses.³⁴⁴

Frisch assevera que é mais fácil pensar na despenalização de condutas que atentem exclusivamente contra a moral do que naquelas condutas que atentem contra uma função estatal, haja vista que a moral não é regulada normativamente fora do direito penal, mas a função estatal sim, o que lhe garantiria certa justificação, ou seja, que serviria de argumento para sua real necessidade. Neste ponto, é necessário haver uma séria ponderação: não se pode ignorar as considerações das regulações extrapenais, mas também não se pode ficar refém delas no momento da criação de normas penais. Outro ponto crítico é que, segundo Frisch, não é necessário apenas considerar que o bem jurídico seja de fato legítimo, mas as condutas criminalizadas devem, necessariamente, lesiona-lo ou colocá-lo em perigo. E o autor identifica que o excesso de atenção dado ao problema do bem jurídico culminou em uma desatenção em outros pontos do direito penal relacionados à legitimidade da intervenção penal. As intervenções devem ser, segundo ele, idôneas, necessárias e adequadas para a proteção do bem jurídico em questão.³⁴⁵

Para Frisch, a responsabilidade do agente é a questão chave da legitimidade da intervenção penal, de modo que o curso causal deve implicar que a conduta de fato lesione o bem jurídico protegido.³⁴⁶ Assim, além da teoria do bem jurídico, os dois critérios indispensáveis para a aplicação da pena são o da estrutura do delito e a imputação³⁴⁷. Contudo, ele aponta que as tendências do direito penal moderno expansivo vão de encontro a tais princípios, antecipando-se as barreiras punitivas, ampliando-se o rol dos delitos de perigo, especialmente o de perigo abstrato, criando-se delitos de mera atividade, penalizando meros atos preparatórios, dentre outros.

A legitimação destes tipos penais depende de um esforço dogmático muito maior, pois foge aos princípios liberais do direito penal e do seu núcleo de

³⁴⁴ FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito y imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal...* cit. p. 318.

³⁴⁵ FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito y imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal...* cit. p. 322.

³⁴⁶ FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito y imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal...* cit. p. 323.

³⁴⁷ FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito y imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal...* cit. p. 326.

incriações. Frisch, assim, considera que o bem jurídico seja importante, mas que sua discussão não pode se dar de modo isolado, sendo indispensável promover-se a reflexão acerca da conduta que supostamente o coloca em perigo. Para ele, a ilegitimidade ganha espaço quando a intervenção penal, em geral, sem questionamento mais profundo, se dá no momento em que há uma norma relativa somente a uma conduta, sem necessariamente implicar lesão ou perigo ao bem.³⁴⁸ No caso dos delitos cumulativos, Frisch propõe critérios semelhantes a von Hirsch e Wohlers, ressaltando a necessidade de referências empíricas, científicas e portanto realistas acerca da ameaça (ou perigo) causado ao bem com a conduta incriminada. Ele ressalta, ainda, que o bem jurídico deve ser suficientemente importante para justificar a pena imposta. E, de todo modo, afirma que se a sanção administrativa é o suficiente e proporcional à conduta, não se deve recorrer ao direito penal.

A relevante conclusão de Frisch é que o legislador penal moderno parece empregar cada vez mais a pena como meio para estabilização de regras de conduta, com o objetivo de evitar condutas apenas por elas se dirigirem contra bens jurídicos relevantes, ainda que não sejam capazes, por si só, de realmente provocarem alguma lesão. Tal desenvolvimento, a seu juízo, é reprovável. E é, ainda, produto de uma visão simbólica e populista que serve para corresponder às expectativas existentes da opinião pública. Frisch chama atenção para as aclamadas penalizações simbólicas, as quais devem ser objeto de forte oposição de um direito penal liberal, pois elas são capazes de *“aquebrantar os sempre frágeis diques dos princípios de legitimação do direito penal”*.³⁴⁹

Petra Wittig contribui com essa temática ao propor que o foco se dê sempre na finalidade do direito penal. No caso do direito penal liberal ou tradicional, o direito penal tem a finalidade de proteger o bem jurídico, enquanto no funcionalismo de Jakobs, a vigência da norma é o objetivo da sanção penal³⁵⁰. E a discussão da legitimidade da intervenção penal deve sempre se relacionar, diretamente, com essa correspondência

³⁴⁸ FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito y imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal...* cit. p. 335.

³⁴⁹ FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito y imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal...* cit. p. 339. Tradução livre para o português.

³⁵⁰ WITTIG, Petra. *Teoría del bien jurídico, harm principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad. In* HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 341-348. p. 342.

entre finalidade da norma e norma penal. Se houver a correlação, a norma é, de fato, legítima. O que Wittig se questiona é se o funcionalismo pode contribuir com os âmbitos de responsabilidade do direito penal liberal, na medida em que se tome em consideração aspectos internos da conduta, ou seja, focadas no desvalor da ação, e não apenas nas modificações externas, que implicariam o desvalor do resultado. Trata-se, assim, de dar atenção a outros aspectos da conduta proibida, e não apenas na materialização do cuidado do bem jurídico.

Outra doutrinadora alemã que relaciona dogmaticamente o bem jurídico, a estrutura do delito e a imputação objetiva é Johanna Schulenburg. Sua reflexão desenvolve-se na indagação acerca dos objetos da ação e objeto do bem jurídico como possíveis objetos de referência para a classificação dos delitos entre delitos de resultado – para ela divididos entre lesão e perigo concreto – ou delitos de mera atividade – que seriam os delitos de perigo abstrato.³⁵¹

Wittig define o objeto de ação como entidade concreta, real, existente, corpórea ou incorpórea, na qual desemboca a ação típica. Já o objeto do bem jurídico é a encarnação ou realização do bem jurídico protegido por lei – diferenciando-se do bem, que é valor abstrato e ideal, segundo ela. Wittig considera que a proteção de bens jurídicos individuais seja facilmente compatível com condutas verdadeiramente lesivas. Mas, segundo ela, no caso de bens jurídicos coletivos, dado o grande interesse e relevância, seria demasiado tarde aguardar que a conduta seja de fato lesiva, para finalmente penalizá-la. Assim, seria mais razoável proibir condutas de risco. Ela conclui, assim, que talvez, neste caso, é que o direito penal agiria de fato de forma preventiva, e não reativa. E, ademais, ela afirma que, na verdade, os delitos de perigo abstrato, se usarem como referência para a classificação o objeto de ação da conduta, não serão necessariamente de mera atividade, pois haveria uma proximidade com os delitos de resultado³⁵².

³⁵¹ SCHULENBURG, Johanna. *Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito y imputación objetiva*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 349-362. p. 352.

³⁵² SCHULENBURG, Johanna. *Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito y imputación objetiva...* cit. p. 359.

As jornadas alemãs em debate tratam, ainda, de modelos alternativos à teoria do bem jurídico. São aqueles que buscam superar a teoria do bem jurídico, mas ainda fazem reflexões acerca dos limites da intervenção penal.

Stratenwerth inicia o debate, abordando a criminalização nos delitos contra bens jurídicos coletivos. Segundo ele, “*O sistema de normas e valores representativos do nosso consenso básico está conectado a nossa tradução cultural e de nenhum modo pode reivindicar validade universal. Incluindo a visão liberal de mundo apoia-se sobre uma decisão (...)*”³⁵³. Disso decorre que a orientação das normas e leis é relativa a cada contexto estatal e cultural, diferenciando-se conforme os referenciais, como capitalismo ou socialismo, islamismo, etnia curda e assim por diante.

Por isso, segundo Stratenwerth, a noção de bem jurídico coletivo é especialmente problemática, pois suscita uma discussão que transcende os interesses individuais, atrelados a titulares específicos. Conforme exposto pelo autor, até mesmo a moral sofre histórica e socialmente enormes alterações – menciona como exemplo o fato de que Aristóteles defendia a escravidão e que a declaração dos direitos humanos de 1789 referia-se tão somente às pessoas de gênero masculino, ideias praticamente abomináveis na concepção dos Estados ocidentais contemporâneos. Em um discurso bastante idealista, focado na igualdade humana, Stratenwerth defende que o conceito de bem jurídico é prescindível, afirmando que se a lei, de fato, proteger todos os interesses e direitos individuais dos sujeitos, não será necessário criar bens jurídicos coletivos. Para ele, é possível prescindir, até mesmo, do dogma de bem jurídico, se a norma chegar ao ponto de tratar todos igualmente, como coletividade³⁵⁴.

Kurt Steelman, por sua vez, apresenta o já trabalhado conceito de *harm principle* e também o modelo de reconhecimento, ambos como critérios diferentes da teoria do bem jurídico como parâmetro de merecimento de pena. Segundo ele, o modelo do *harm principle*, conceito anglo-saxão, a exemplo do bem jurídico, surgiu no século XIX, com o interesse de limitar a intervenção penal. Parte da ideia de proteção

³⁵³ STRATENWERTH, Günter. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 365-372. p. 368.

³⁵⁴ SEELMANN, Kurt. *El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimento de pena*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 373-382. p. 375.

de direitos subjetivos e não permite a criminalização, por exemplo, de sentimentos ou moral, exigindo de fato algum tipo de lesão ou colocação em perigo. Por outro lado, difere-se significativamente o modelo de reconhecimento, que é fruto de uma combinação de direito subjetivo e norma, e um interesse na reciprocidade entre pessoas. A esse modelo, o autor atribui a criação a Hegel, bem como dá o nome de “modelo de reconhecimento”.

A ideia é que quem reconhece o outro como portador de direitos subjetivos contribui para a reciprocidade, e quem age de forma a não reconhecer no outro como um outro, portador de direitos como ele, é merecedor de pena.³⁵⁵ Steelman afirma que, segundo Hegel, em uma relação de direito civil, ainda que haja um ilícito, os dois sujeitos se respeitam como tal. Diferentemente do contexto do direito penal. Esse modelo é, contudo, também sujeito a diversas alterações segundo as concepções de sociedade e coletividade.

Tatiana Hornle contribui, a seu turno, com uma reflexão acerca da proteção de sentimentos no Código Penal Alemão. Segundo ela, tal proteção vai de encontro à concepção da norma penal como protetora de bens jurídicos³⁵⁶, contudo, ainda assim, no Código Penal, há diversas normas que protegem a causação de sentimentos negativos, tais como medo e ofensa, causados pela ameaça. Para ela, até o delito de exposição de partes íntimas em locais públicos pode ser entendido como protetor de sentimentos, que nesse caso seria o bem estar psíquico. Ela menciona, ainda, o célebre caso americano do “Antrax”, um pó supostamente mortal, enviado em correspondências nos Estados Unidos da América, com a evidente intenção de causar terror. São, afinal, delitos que não causam lesão e nem necessariamente qualquer tipo de perigo, contudo, sua proibição encontra respaldo pela relevância dos sentimentos negativos causados. Sua proposição é que, afinal, o Direito Penal deve discutir este tipo de situação peculiar com mais afinco, não apenas escondendo-se

³⁵⁵ SEELMANN, Kurt. *El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena...* cit. p. 376.

³⁵⁶ HÖRNLE, Tatjana. *La protección de sentimientos en el StGB. In HEFENDEHL, Roland (Ed). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 383-399. p. 383.

indefinidamente na construção dogmática de bens coletivos de segurança, como a paz pública.³⁵⁷

E, concluindo as jornadas de discussão acerca da teoria do bem jurídico e de suas alternativas, alguns autores participantes apresentam um panorama das teses e realizam, ainda, uma reflexão com caráter de prognóstico sobre os rumos da teoria do bem jurídico e da legitimação das normas penais pela dogmática.

O primeiro prognóstico é o de Wohlers, que se declara como cético da teoria do bem jurídico. Para ele, a teoria não é o único critério limitador da intervenção penal e não é capaz de concretizar o intuito de Hassemer de colocar um *“instrumento nas mãos do legislador para definir quando intervir ou não”*.³⁵⁸ Segundo afirma, são indispensáveis baremas externos, pois a teoria por si mesma não é capaz de realmente limitar o desenvolvimento e a expansão do direito penal. Wohlers diz, que apesar de reconhecer que a teoria é considerada como essencial para quase a unanimidade dos pensadores do direito penal liberal, que não admitem intervenção penal sem a existência de um bem jurídico protegido, o que se depreende da análise realista das normas penais é que a descriminalização só ocorre em decorrência de uma mudança de concepção da sociedade, e não por não atingirem bens jurídicos. Ou seja, para ele, a teoria não é sequer utilizada como referência.

Wohlers não considera, tampouco, que a resposta esteja no direito constitucional, segundo o qual as instruções não são suficientemente claras e não definem, com precisão, quais os bens devem ter condutas sujeitas de sanção penal. Para ele, a Constituição que deveria aprender com o direito penal, e não o inverso.³⁵⁹ Para ele, ainda, o conceito de bem jurídico não deve ser totalmente abandonado, mas apenas utilizado com muitas reservas, de forma mínima, e que se devem criar critérios mais precisos para que ele possa ser, de fato, utilizado como referência.

Wohlers provoca, ainda, a necessidade de um desenvolvimento dogmático preciso, que explique, por meio de critérios, quais os delitos que podem constituir

³⁵⁷ HÖRNLE, Tatjana. *La protección de sentimientos en el StGB*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 383-399. p. 399.

³⁵⁸ WHOLERS, Wolfgang. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 403-408. p. 403.

³⁵⁹ WHOLERS, Wolfgang. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico...* cit. p. 405.

exceção à teoria de proteção do bem jurídico – como exemplo ele menciona a criminalização dos maus tratos de animais e a proteção de sentimentos pela norma penal. E, ainda, defende que, se for possível admitir a existência de delitos de mera conduta, é igualmente necessário haver um estabelecimento de critérios precisos para admiti-los. Assim, seria finalmente possível fazer uma análise precisa sobre a legitimidade ou não de um delito ou outro.³⁶⁰ Em conclusão, Wohlers vislumbra como solução dogmática para o controverso problema da limitação da intervenção penal e legitimação das normas penais a criação de uma “*teoria global de possível legitimação das normas penais*”³⁶¹, pois, do contrário, corremos o risco de que apenas representações valorativas particularistas dos grupos de poder situados no “palanque” se dotem da aparência de legitimidade, controlando o que se criminaliza ou não, segundo seu próprio entendimento.

Hefendehl, por sua vez, que se declara como partidário da teoria do bem jurídico, e é o organizador do livro fruto das jornadas em análise, apresenta um prognóstico otimista sobre a teoria, afirmando que ela não consiste apenas em um “*juego de abalorios dogmático*”³⁶² e que, apesar dos diversos esforços expendidos pelos críticos, não há nenhuma teoria forte o suficiente para substituir o conceito de bem jurídico como critério limitador da intervenção penal.³⁶³ Sendo assim, embora não seja o fundamento único da legitimação do direito penal, a teoria do bem jurídico é sim, conforme Hefendehl, uma referência crítica irrenunciável. Para Hefendehl, até mesmo críticos da teoria do bem jurídico, como von Hirsch e Wohlers, que reforçam o papel do estudo das estruturas delitivas, não foram capazes de provar que elas seriam suficientes para a legitimação da norma penal, de modo que a existência de um relevante bem jurídico protegido continua sendo indispensável. Hefendehl afirma, ainda, que quem critica o critério ideal de bem jurídico, propondo, em contrapartida, o

³⁶⁰ WHOLERS, Wolfgang. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico...* cit. p. 407.

³⁶¹ WHOLERS, Wolfgang. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico...* cit. p. 408.

³⁶² HEFENDEHL, Roland. *Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico. In HEFENDEHL, Roland (Ed). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 409-414. p. 409. “*Juego de abalorios*” é a tradução para o espanhol do termo “*Das Glasperlenspiel*”, ou, em português, jogo de contas de vidro.

³⁶³ HEFENDEHL, Roland. *Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico...* cit. p. 409.

material, está enganado, pois a referência deve ser o real: os objetos de interesse não são apenas físicos, mas psíquico-intelectuais, mas sempre com referência na realidade.

A importante, mas igualmente inquietante, conclusão prognóstica de Hefendehl é uma ratificação da posição adotada por Schunemann, também partidário declarado da teoria do bem jurídico: “(...) *deve ser preservada a posição central do conceito de bem jurídico para a dogmática penal, senão que, melhor ainda, o autêntico desenvolvimento da teoria do bem jurídico ainda está por vir.*”³⁶⁴ Nesta medida, a relevante obra tem o seu mérito por esclarecer as principais perspectivas partidárias e críticas da teoria do bem jurídico. E, embora as reflexões não sejam unânimes ou conclusivas, houve uma real contribuição nessa árdua tarefa da dogmática liberal do direito penal³⁶⁵.

Em seguida, a obra nos contempla com informes sobre as conclusões dos autores e, finalmente, com a participação de Roxin, também partidário da teoria do bem jurídico. Roxin, embora não tenha participado das jornadas, contribuiu com uma profunda reflexão com a proposta de indagar se a finalidade do direito penal é, enfim, a de proteção dos bens jurídicos. Para ele, a História provou, inúmeras vezes, que há diversos exemplos de sistema de justiça criminal que incrimina condutas que simplesmente tornem mais difícil o governo, seja por diferentes convicções, seja por se comportar diferentemente do previsto por normas sociais³⁶⁶. A fim de evitar a intervenção penal para proteção de crenças políticas, morais, doutrinas religiosas, ideologias sobre o mundo ou até mesmo sentimentos, o que é a ideia central da teoria

³⁶⁴ HEFENDEHL, Roland. *Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico...* cit. p. 114. Hefendehl faz referência a Schünemann, em SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación...* cit.

³⁶⁵ De fato, do ponto de vista da pesquisa jurídica, é inquietante, mas ao mesmo tempo acalentador, verificar que os mais relevantes pensadores contemporâneos do direito penal alemão, professores de até 90 anos de idade, que vêm estudando com afinco a história e o desenvolvimento do direito penal, não tenham um consenso seguro os verdadeiros limites da intervenção penal. Enfim, sobre o conceito de bem jurídico e seu alcance – se é suficiente para legitimar ou não a intervenção penal – e sobre as possíveis sugestões para substituição. Há, sim, uma quase unanimidade sobre a indefinição dessas questões, e uma inquietude generalizada. Próprio das ciências sociais aplicadas, a inexatidão e a relatividade são constantes. O que se vê na leitura bibliográfica atenta é que o que é considerado como “pedra de toque do direito penal” é, na verdade, uma nuvem conceitual com diversos pontos frequentes, mas ainda difícil de se apreender com precisão. Por isso, tratar de legitimidade de uma norma penal é um caminho bastante tortuoso e incerto, embora bastante necessário e crítico.

³⁶⁶ ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 443-458. p. 433.*

do bem jurídico, os penalistas alemães propuseram um projeto alternativo de Código Alemão, no qual havia o seguinte preceito: “*As penas e as medidas têm como finalidade a proteção de bens jurídicos e a reintegração do autor na comunidade jurídica*”³⁶⁷. Contudo, não foi aceito pelo governo. Apesar dos ferrenhos críticos, tais como von Hirsch, Stratenwerth e Jakobs, a teoria possui, igualmente, comprometidos defensores. Os principais, segundo Roxin, são Hassemer e Schunemann.

O primeiro, há aproximadamente 40 anos, cunhou o conceito crítico de bem jurídico, ou seja, limitador da intervenção penal, sendo que proibir uma conduta que não atente contra bem jurídico constitui terror estatal. Já Schunemann considera que abrir mão do princípio de proteção de bem jurídico constituiria um retrocesso no direito penal. Roxin, por sua vez, se declara como defensor da teoria, mas busca ser bastante preciso. Segundo ele, o direito penal tem como finalidade procurar a existência pacífica, livre e socialmente segura dos cidadãos, sendo que, quando isso não é alcançado por outra medida de natureza sócio-política menos intrusiva na liberdade do cidadão, o direito penal pode atuar³⁶⁸. Diante das diversas tendências limitadoras da liberdade, das mais diversas origens, sendo que Roxin menciona o autoritarismo, o moralismo e o conservadorismo, o direito penal liberal deve exigir um equilíbrio entre a liberdade dos cidadãos e a proteção dos interesses dos indivíduos.

Sobre o conceito de bem jurídico, Roxin delimita que os bens jurídicos devem ser objetos, desde que sejam substrato da natureza real, e não ideal. Não é necessário, tampouco, que sejam materiais – ou seja, podem ser direitos da personalidade, liberdade de culto, dentre outros. Os prejuízos ocorrem na vida real, portanto não ideal, embora não sejam, necessariamente materiais. Para ele, não são objetos físicos as instituições estatais, como a Administração da Justiça, mas são bens necessários para a vida, cuja lesão poderia prejudicar de forma perene a capacidade de prestação da sociedade. Em resumo, para ele, “*Os bens jurídicos são realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura que garante os direitos humanos e fundamentais do indivíduo para o funcionamento do sistema estatal, erigido para a consecução de tal fim*”.³⁶⁹ Com efeito, Roxin se diz adepto à

³⁶⁷ ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?...* cit. p. 444. Tradução livre para o português.

³⁶⁸ ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?...* cit. p. 446.

³⁶⁹ ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?...* cit. p. 446.

teoria pessoal do bem jurídico, que admite bens jurídicos coletivos apenas se eles servirem ao cidadão individual. Para ele, essa teoria é a mais adequada ao modelo liberal de Estado.

Segundo Roxin, suas diretrizes principais para a teoria do bem jurídico são: 1) são ilegítimas as normas penais motivadas apenas por ideologias ou que atentem contra direitos humanos; 2) a simples delimitação da finalidade da lei não constitui um bem jurídico, e sim apenas expressa o que quis dizer o legislador. Por isso a mera interpretação não basta; 3) ilicitudes meramente morais não justificam intervenção penal; 4) lesão da dignidade não pressupõe lesão do bem jurídico; 5) proteção de sentimentos só é justificável se se tratar de sentimentos de segurança; 6) a autolesão consciente e o seu favorecimento não legitimam a ameaça de pena; 7) as leis penais simbólicas não servem para a proteção de bens jurídicos; 8) os tabus não são bens jurídicos, portanto não podem ser protegidos pelo direito penal; 9) objetos de abstração inapreensível não podem, tampouco, ser tutelados penalmente.

O princípio de proteção do bem jurídico, portanto, cumpre uma função de diretriz político-criminal do legislador, segundo Roxin, constituindo um arsenal de instruções para a elaboração de um direito penal condizente com o Estado Democrático de direito liberal³⁷⁰. Embora, infelizmente, Roxin constate que até hoje o Tribunal Constitucional alemão não se prestou a admitir, expressamente, a importância do bem jurídico como critério mínimo para a intervenção penal, tal princípio pode ser, sem maiores dificuldades, inferido das bases filosófico-políticas da democracia parlamentar. Segundo Roxin, o desdém do Tribunal Constitucional contribuiu para a desatenção na literatura doutrinal e do legislador alemão, já que ele é o Tribunal que interpreta as diretrizes constitucionais para atuação do legislador.

Roxin discorda da teoria de Jakobs, para quem a pena serve para garantir a vigência da norma. Para ele, o sistema social não pode ser conservado em seu próprio benefício, pois ele não é um fim em si mesmo, e sim, ele deve existir em benefício das pessoas que vivem na sociedade em questão. A norma não pode pretender exclusivamente a obediência por parte dos cidadãos³⁷¹. Para Jakobs, exigir a

³⁷⁰ ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?...* cit. p. 452.

³⁷¹ ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?...* cit. p. 456.

legitimidade das normas não é algo científico, e sim um tema afeto à política³⁷². Roxin, contudo, crê que a política criminal é sim uma ciência, ciência política, e o desenvolvimento de limites à legislação penal parte do ponto de vista dos princípios político-criminais, de ordem constitucional democrático-liberal, e é, sim, tarefa dos juristas, tanto pela doutrina como pela jurisdição constitucional. O jurista não pode ser colocado à mercê dos caprichos do legislador, nem da vontade popular que influencia nesta decisão³⁷³.

Hefendehl, mais uma vez, contribui na obra coletiva dos juristas alemães, fazendo um breve comentário acerca do período que sucedeu o lançamento da obra – de 2002 a 2007. Ele considera que o impacto das jornadas foi considerável, tendo sido inclusive traduzido para o espanhol e citado em diversos trabalhos acadêmicos relevantes³⁷⁴. Para Hefendehl, pouca coisa mudou. Os grupos dividem-se basicamente em posições que reafirmam a teoria, posições que redelimitam e posições que criticam parcialmente. Hefendehl chama atenção para uma reflexão crítica: “*No se pode matar uma pessoa já morta*”³⁷⁵. Com efeito, segundo ele, não se pode lesionar um suposto bem jurídico coletivo quando, na verdade, este não se destina aos fins a que se presta.

Com esse abrangente introito, de cunho metodológico, histórico e político, há de ser aberta a discussão a respeito da legitimidade das figuras típicas constantes da Lei nº 7.492/1986, que, segundo se propõe em sua redação, visa a coibir delitos contra o Sistema Financeiro Nacional, do ponto de vista da existência ou não de um autêntico bem jurídico protegido.

Aqui, adota-se a perspectiva da teoria pessoal de Hassemer como referência para uma concretização de valores constitucionais, em especial por considerar a pessoa humana como fim último de toda a manifestação normativa estatal.

Assim, entende-se que, ainda que o suposto bem jurídico não seja personalíssimo ou individual, exige-se que ele seja funcionalizado para atender a

³⁷² JAKOBS, Günther, apud ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?...* cit. p. 456.

³⁷³ ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?...* cit. p. 457.

³⁷⁴ HEFENDEHL, Roland. *De largo aliento: El concepto de bien jurídico. O qué há sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico.* In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 459-475. p. 460.

³⁷⁵ HEFENDEHL, Roland. *De largo aliento: El concepto de bien jurídico. O qué há sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico...* cit. p. 473.

interesses da pessoa humana. Deste modo, não há espaço para autoritarismo ou arbitrariedades legislativas penais que ameacem de pena um cidadão que infrinja uma norma que não vise, de forma imediata ou mediata, o próprio interesse de pessoas humanas.

As perspectivas constitucionais coexistem com tal perspectiva pessoal da teoria do bem jurídico, na medida em que reclamam uma proibição de excesso e clamam por uma proporcionalidade na criação de tipos penais e de sanções, que devem estar em sintonia com a Lei Fundamental, que igualmente preza pelo indivíduo como seu bem mais precioso. Deste modo, há um esforço pela busca de um direito penal legítimo – fazendo frente às tendências simbólicas e com objetivos ocultos da intervenção penal.

E, afinal, o que viria a ser o Sistema Financeiro Nacional? E por que o legislador brasileiro optou pela intervenção penal em condutas a ele relacionadas? Essa intervenção se deu de maneira condizente com os moldes da Política Criminal brasileira constitucionalmente proclamada, com a ideia de proteção de bem jurídico, respeitando os ideais de necessidade, proporcionalidade e eficácia? Ou se trataria de uma aberração legislativa, fruto de arbitrariedade e de propósitos simbólicos³⁷⁶, no contexto da inflação legislativa? Tais questões serão enfrentadas a seguir.

Recorrendo à Lei Fundamental Brasileira, é possível encontrar a disposição expressa, por meio do artigo 192, *caput*, segundo o qual “*O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar (...)*”³⁷⁷.

Desse dispositivo, é possível depreender a suposta função social inerente ao Sistema Financeiro, qual seja, o desenvolvimento equilibrado e o interesse da coletividade. No entanto, foi a lei ordinária nº 4.545, de 1964, que instituiu o Sistema

³⁷⁶ Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. O direito penal cumpre, em muitas situações, o papel simbólico de apaziguar, por certo período, os anseios populares por mais segurança. Tais anseios, muitas vezes, são exacerbados pela Mídia, cuja força no mundo contemporâneo é inegável. Segundo ele, o direito penal vem atuando como instrumento da política, servindo a interesses eleitorais, e aparece simbolicamente como solucionador de problemas.

³⁷⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

Financeiro Nacional³⁷⁸, tendo sido recepcionada como lei complementar pela Constituição Federal de 1988, e sendo, afinal, o principal dispositivo legal que regula a matéria³⁷⁹.

Nas palavras do constitucionalista José Afonso da Silva, há dois sistemas financeiros regulados na Constituição: o público, que envolve os problemas das finanças públicas e os orçamentos públicos, constantes dos artigos 163 a 169; e o parapúblico, que seria o Sistema Financeiro Nacional, destinado a cuidar das instituições financeiras creditícias, públicas ou privadas, de segura, previdência (privada) e capitalização, todas sob o estrito controle do Poder Público. O Banco Central consistiria o elo entre ambas.³⁸⁰

Mais adiante, necessário destacar a definição de Manoel Pedro Pimentel, doutrinador nacional, segundo o qual o Sistema Financeiro é, em sentido amplo, o mercado financeiro ou mercado de capitais, abrangendo seguros, cambio, consórcio, capitalização ou qualquer outro tipo de poupança, que se situam no âmbito do Direito Econômico. Seria, mais especificamente, o conjunto de instituições financeiras e instrumentos financeiros que visam transferir recursos dos agentes econômicos, sejam eles pessoas, empresas ou governo, e sendo essas instituições de caráter público ou privado.

Em uma análise sistemática, o autor distingue dois subsistemas do Sistema Financeiro Nacional: o primeiro, de natureza normativa, capaz de fiscalizar e regulamentar o Mercado Financeiro, composto pelo Banco Central, Conselho Monetário Nacional, Comissão de Valores Mobiliários, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social; já o segundo subsistema corresponderia à uma natureza operativa, ou de intermediação financeira, sendo composto pelas instituições bancárias e não bancárias emissoras

³⁷⁸ Aqui se percebe que o Sistema Financeiro Nacional foi instituído por norma extra-penal mais de 20 anos antes da lei que criminalizou condutas atentatórias contra ele. Tal fenômeno remete à posição de Frisch, segundo o qual os bens jurídicos acabam sendo interesses de caráter prévio ao Direito Penal, sendo emprestados de outros ramos do direito, que reclamam a intervenção penal para obtenção de maior eficácia na regulação de condutas. Conforme FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito y imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal...* cit. p. 318.

³⁷⁹ Cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 26.

³⁸⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 15ª. Ed, 1998. p. 790.

de moeda, instituições de auxílio de mercado e Sistema Brasileiro de Poupanças e Empréstimos.

A partir dessas linhas definitoriais, deve-se reforçar a necessidade de recurso à Constituição como base para a incriminação ou não de condutas. Voltando ao artigo 192 da Carta Magna, tem-se, conforme Luiz Regis Prado, que esse recurso ao texto constitucional é essencial, na medida em que é ele que proclama os valores de uma determinada época e dá-lhes um especial tratamento jurídico.

A relação da Constituição e da Ciência do Direito Penal não somente se mostra plausível, senão também evidente e adequada, na concepção de Hassemer³⁸¹. Segundo ele, de um ponto de vista de imposição negativa, o princípio da proteção dos bens jurídicos encaixa-se na tradição do Direito Constitucional de proibição do excesso. Ou seja, a atuação do legislador penal deve limitar-se, com base nos critérios de danosidade social, proporcionalidade, subsidiariedade, dentre outros, que moldam a política criminal. Ademais, há algumas características inafastáveis na identificação do bem jurídico, que Hassemer identifica como: realidade – bens factíveis; precisão – para que haja certeza dos limites da liberdade de ação; compreensibilidade – para possibilitar o controle democrático do legislador, o que impede generalizações obscuras.

Por outro lado, como se comprovará a seguir, na produção bibliográfica brasileira acerca, prevalece, acerca da lei do colarinho branco, um *sensu comum teórico*, praticamente unânime, que procede a uma análise dos tipos penais do ponto de vista de seu alcance e classificação dogmática, sem questionar, de forma crítica e reflexiva, a legitimidade destes para integrar o Ordenamento Jurídico pátrio.

Em ordem cronológica, começamos com Manoel Pedro Pimentel, cuja obra “*Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*”, publicado apenas um ano após a edição da lei nº 7.492/1986, sendo presença unânime na bibliografia nacional acerca do tema. Segundo Pimentel, a referida lei foi criada eminentemente por economistas, e não por penalistas, trazendo inúmeras incongruências, de forma que as regras e rigores foram substituídos pela improvisação e afoiteza. No entanto, o autor promove

³⁸¹ Cf. HASSEMER, Winfried. *Bienes jurídicos en el derecho penal*. In Estudios sobre Justicia Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 68.

a análise individual dos tipos penais constantes da lei, e, em um tópico específico chamado “Objeto jurídico”, traça os contornos do fim protetivo da norma penal.

O mesmo autor assevera que há duas categorias de bem jurídico nos delitos em questão: a categoria primária e a secundária. Na primária, insere-se a boa execução da política econômica do Governo, lesada ou posta em perigo, relativamente ao Sistema financeiro nacional, pelas condutas descritas. Na secundária, afirma que são protegidos também o mercado financeiro e o patrimônio dos investidores. Para ele, essa distinção serve para identificar o fim primordial da norma incriminadora – a boa execução da política pública – do fim secundário, e até dispensável, segundo ele, em razão do recurso a tipos penais formais e de mera conduta. Dito de outro modo, a razão de ser da norma incriminadora é, segundo ele, a proteção da política governamental, e, de forma subsidiária, tutela-se o mercado financeiro e o interesse dos investidores³⁸². Ademais, a boa e segura condução da política econômico-financeira do Estado seria, nos termos propostos por Pimentel, bem de titularidade do Estado, motivo porque este o coloca como sujeito passivo da Lei nº 7.492/1986, embora, para ele, todo o coletivo se sinta vítima. Ao longo de sua exposição, é possível apreender, no tocante aos diversos delitos previstos na referida lei, a consideração de que são seus bens jurídicos tutelados também a fé pública e o patrimônio.

Em linha não muito diversa, apresenta-se a obra de Rodolfo Tigre Maia, em especial *“Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Anotações à Lei Federal n. 7.492/89”*, cuja primeira edição foi publicada no ano de 1996. Para ele, o bem jurídico que fundamenta e valida globalmente a existência da lei dos crimes financeiros é exatamente o Sistema Financeiro Nacional. Assim, são criminalizadas aquelas ações ou omissões humanas, dirigidas a colocar em perigo o Sistema Financeiro Nacional, *“enquanto estrutura jurídico-econômica global valiosa para o Estado brasileiro, bem como as instituições que dele participam, e o patrimônio dos indivíduos que nele investem suas poupanças privadas”*³⁸³. Cumpre ressaltar que o

³⁸² No tocante a alguns delitos, Pedro Pimentel usa o termo “pluriofensividade” para indicar essa existência de mais de um bem jurídico tutelado. Entretanto, mantém essa divisão entre primariedade e secundariedade. Cf. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1987.

³⁸³ Cf. MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. São Paulo: Mandamentos, 1996. p. 15.

autor menciona a necessidade de contorno do bem jurídico, como pedra de toque do princípio da intervenção mínima e do caráter fragmentário do Direito Penal. Entretanto, após certa explanação, conclui que, por força de seu relevante interesse público, tem-se a possibilidade de proteção do Sistema Financeiro Nacional enquanto bem jurídico coletivo ou social. Nesse ponto, é possível notar-se a ausência de recurso a uma concepção dogmática específica de bem jurídico. No entanto, o autor também faz uso de um tópico, denominado “Objetividade Jurídica”, no qual visa identificar o bem jurídico objeto de proteção de cada uma das normas incriminadoras constantes da lei – para além do bem jurídico global ou mediato Sistema Financeiro Nacional. Tigre Maia elenca como bens jurídicos imediatos a credibilidade popular – nos títulos ou instituições financeiras; o patrimônio – de investidores ou terceiros interessados; a fé pública; a relação de confiança nos negócios jurídicos; e a política cambial.

Em seguida, necessário se faz mencionar a obra “Crimes do colarinho branco”, de autoria dos professores paulistas Paulo José da Costa Júnior, Maria Elizabeth Queijo e Charles Marcildes Machado, em que há, também, uma abordagem dos tipos penais presentes na lei nº 7.492/1986, do ponto de vista do bem jurídico tutelado, sob o termo, a exemplo de Tigre Maria, de “objetividade jurídica”. Partindo, inicialmente, da evolução histórica do dinheiro na civilização, e da importância da intervenção estatal na tutela da ordem econômica, tendo em vista que certas condutas produzem a riqueza de poucos, em detrimento do infortúnio de muitos – citando, para ilustrar, escândalos de natureza financeira no país -, os autores admitem como objeto primário de tutela, na referida lei, a boa execução do Sistema Financeiro Nacional. Secundariamente ou, de forma acessória – no mesmo modelo proposto por Pedro Pimentel -, indicam a tutela do mercado financeiro e o patrimônio dos investidores em geral. Mencionam também a tutela das relações jurídicas e negociais do Sistema Financeiro, assegurando a lisura, a probidade e a confiança; bem como a fé pública e a política cambial. E, para completar, asseveram que o Estado, como titular da ordem econômica, seria o sujeito passivo dos referidos delitos.

Também cumpre constar no presente levantamento bibliográfico a obra de José Carlos Tórtima, “*Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao estudo da lei nº 7.492/86)*”. Para o autor, não seriam exatamente as políticas governamentais, de natureza econômica, que os tipos incriminadores da mencionada lei visam a proteger, mas sim o Sistema Financeiro, haja vista que este não se presta

a meros interesses governamentais, mas sim aos interesses da coletividade, sendo estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país. Ora, depreende-se, aí, uma preocupação com os interesses da coletividade, mas, por outro lado, tem-se que a consideração de que o Sistema Financeiro, necessariamente, se destina a esses fins sociais – e não seria, de fato, produto de regulação estatal – parece ser uma premissa minimamente questionável. Para ele, a higidez e a estabilidade do Sistema Financeiro configuram, sem maiores delongas, o bem jurídico principal de tutela da lei em comento.

Nota-se, assim, que de uma forma geral, há uma ausência de esforço dogmático na tentativa de delimitação do ou dos bens jurídicos tutelados pela lei em comento, de forma que qualquer interesse ligado ao Sistema Financeiro, de forma ampla, passa a ser considerado como bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. As próprias políticas públicas e interesses estatais passam a ensejar a intervenção penal, sem maiores obstáculos. Há, na verdade, um esforço pela mera interpretação teleológica e tentativa de legitimação da tutela penal do Sistema Financeiro Nacional, a todo custo, como mensagem uníssona de assimilação da lei penal pelos juristas. Percebe-se um possível exemplo do fenômeno que é objeto de crítica de Frisch³⁸⁴, no qual o suposto bem jurídico tem caráter prévio ao Direito Penal e, diante da dificuldade de uma área do direito – no caso, administrativo e econômico – de promover a concretização de seus interesses, há um recurso ao direito penal, como tentativa de garantir eficácia à norma.

No entanto, essa não é a orientação que a dogmática crítica, com orientação teleológica – finalidade do Direito Penal – nos dá. O professor catedrático da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Juarez Tavares, em prefácio à obra de Tórtima, assevera que:

*“O grande problema da incriminação de condutas no âmbito financeiro reside não apenas nas dificuldades da sua definição típica, senão nos pressupostos da própria incriminação. Independentemente dos argumentos em favor da proteção das bases econômicas e financeiras para a consolidação de um Estado democrático, que parece constituir o fundamento comum, invocado por todos aqueles que buscam esclarecer o alcance dos dispositivos da Lei 7.492/86, **a questão que deve ser colocada é se, efetivamente, será possível obter-se uma estabilidade dessa base econômico-financeira**”*

³⁸⁴ Cf. FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito y imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal...* cit. p. 318.

mediante o uso de um instrumento repressivo, rotulador e, em princípio, irracional, que é o sistema punitivo criminal” (grifo nosso)³⁸⁵.

Referindo-se a Eugénio Raul Zaffaroni, Tavares ainda propõe que a intervenção penal só está legitimidade, na medida em que seja *ultima ratio*, se forem observados pelo menos dois pressupostos: o primeiro é a demonstração prévia de uma efetiva lesão ou concreta ameaça a bem jurídico determinado; e o segundo é no tocante ao meio dessa solução penal, que devem revestir-se de tal forma, que o conteúdo tenha o mínimo possível de irracionalidade.

No tocante à delimitação do bem jurídico, há que se destacar a problemática das concepções existentes a seu respeito. Desde sua concepção inicial, que remonta ao alemão Birnbaum, em meados de 1834³⁸⁶, até as concepções mais contemporâneas, muito tem se esforçado para traçar limites dogmáticos para sua conceituação.

Para resolver este problema, incrementando todo o exposto com relação às posições alemãs dominantes acerca da teoria do bem jurídico, Juarez Tavares aborda a respeito da diferença entre bem jurídico e função, em seu clássico “*Bien Jurídico y Función in Derecho Penal*”.

Segundo o catedrático, o que chama a atenção nos manuais e comentários a leis penais, no tocante ao bem jurídico, é que os doutrinadores trabalham com os dados existentes no Ordenamento Jurídico, sem, no entanto, questioná-los. Dessa forma, limitam-se a dizer aquilo que o legislador visava proteger ou incriminar. Essa metodologia, afirma, garante a aplicação da norma sem nenhum questionamento acerca de sua legitimidade, valendo o bem jurídico como um mero exercício retórico, em descompasso com a ordem constitucional vigente.

O bem jurídico, na concepção de Tavares, é entendido como valor, e não como dever, servindo de condição delimitadora da norma penal. Ademais, ele adota um conceito antropocêntrico de bem jurídico, segundo o qual este se caracteriza por ser objeto referencial de proteção da pessoa humana.

³⁸⁵ Cf. TAVARES, Juarez in TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao estudo da lei n° 7.492/86)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Prefácio, p. XII.

³⁸⁶ Cf. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

Por outro lado, o bem jurídico diferencia-se fortemente do conceito de função estatal, que encerra as atividades administrativas do Estado referentes ao controle sobre determinado setor da vida de relação ou de seu próprio organismo. Muito embora os fins institucionais do Estado possam gerar regulamentação, é inaceitável que essa regulamentação, normalmente de caráter administrativo, embrenhe para o ramo do Direito Penal, que tem o fim precípua de proteção de bens jurídicos, orientados não a interesses estatais ou governamentais, mas sim interesses de caráter individual, da vida humana.

Ademais, no que concerne à forma de regulamentação, tem-se que as funções requerem mera desobediência para ensejar a imposição de sanções, o que é incompatível com a construção dogmática-penal, que exige a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico, para ensejar uma imputação típica.

Com relação à tutela penal de funções, assevera Tavares que elas existem, não obstante sua ilegitimidade, e que são, na verdade, um grande absurdo. Como exemplo, embora ele não explique com maiores detalhes, ele menciona exatamente um dos tipos penais previstos na lei ora sob análise, qual seja, aquele presente no artigo 22, parágrafo único, lei nº 7.492/1986 – evasão de divisas –, que, segundo ele, se trataria de uma mera função estatal de controle, na medida em que visa o interesse exclusivo de informação acerca do transporte de dinheiro fora do país, e não um bem jurídico que esteja sob perigo.

Com referência a essa tutela exacerbada de funções, Alessandro Baratta constata que os bens jurídicos são, cada vez mais, bens produzidos pelo Estado, no que se refere a infra-estruturas, complexos organizativos e funções relacionadas à atividade do Estado e das instituições públicas, ou seja, meras funções instrumentais, o que seria inaceitável, na perspectiva apresentada até agora por Juarez Tavares.³⁸⁷

Notável é a contribuição do alemão Winfried Hassemer, nesta mesma linha. Segundo ele, é necessário funcionalizar os interesses gerais e do Estado a partir do indivíduo. O que quer dizer que os bens jurídicos universais têm fundamento somente na medida em que correspondem com os interesses conciliados do indivíduo. O

³⁸⁷ Cf. HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno Direito Penal*. In Revista de Estudos Criminais, ano 2, n. 8, p. 54-68, o Direito Penal, hoje, tende muito menos à reação às lesões mais graves ao interesse de liberdade de cidadãos e tende a se tornar muito mais um instrumento de defesa da política interna.

fundamento dessa teoria é, assim, o fato de que o Estado não é fim em si mesmo, mas sim deve estar orientado a fomentar o desenvolvimento e asseguramento das possibilidades vitais do ser humano.

No caso brasileiro, não é demais lembrar que a Constituição da República de 1988, já em seu preâmbulo, determina que o Estado Democrático de Direito é “*destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça*”, do que se conclui que, de fato, ele não é fim em si mesmo, mas sim se presta a assegurar esses direitos que, em última instância, são de cada um dos cidadãos brasileiros, como indivíduos.

Sendo assim, a concepção pessoal de bem jurídico é uma perspectiva que exige que qualquer tutela, em termos de direito penal, remeta ao interesse individual das pessoas, o que lhe atribui um caráter antropocêntrico. Não é admissível, portanto, que a proteção de uma instituição se dê em razão dela mesma, mas apenas se essa tutela for condição para a possibilidade de proteção da pessoa, em última instância. E essa orientação, naturalmente, consiste em um limite à eleição legislativa de bens jurídicos que fazem jus à intervenção penal. Entretanto, o doutrinador assevera que não há um impedimento absoluto à existência de bens jurídicos de natureza coletiva, apenas exige que essa existência seja funcionalizada para o bem do indivíduo, ou, dito de outra forma, deve interessar, pelo menos indiretamente, ao indivíduo.³⁸⁸

Hassemer sustenta, ainda, que ser a conduta uma ameaça a um bem jurídico é uma condição necessária, porém não suficiente para criminalizá-la. A lesão ao bem jurídico deve se contrapor, ainda, a princípios orientados à limitação da punibilidade, que este autor resume no conceito de “*formalização da administração da Justiça*”. Dentre os quais, ele menciona a subsidiariedade, a danosidade social, a tolerância, a humanidade, a proteção da dignidade do homem. Não bastasse, é necessário que, além dos limites estreitos materiais da criação legislativa penal, haja o respeito aos meios específicos dessas incriminações, dito de outro modo, a técnica de incriminação também deve estar dentro dos moldes político-criminais. Por exemplo, qual deve ser

³⁸⁸ Conforme explica Hassemer, o meio ambiente, por exemplo, não seria um bem jurídico por si mesmo, senão somente como meio para as necessidades de saúde e vida do homem. Vide HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. In *Doctrina Penal: Teoría y Práctica em las Ciencias Penales*, ano 12, números 45 a 48. p. 283.

o marco penal, incriminação da tentativa e da imprudência, dentre outras questões, que integram a técnica de proteção do bem jurídico.

Hassemer considera, ainda, que a teoria do bem jurídico é o parâmetro da boa política criminal³⁸⁹. E, para ele, é imprescindível se criticar e reformular a intervenção do Direito Penal em diversos domínios de interesse social, tais como saúde pública, meio ambiente e economia, setores que vem, frequentemente, tendo suas tutelas recrudescidas pela intervenção do Direito Penal. Tal crítica deve ser feita sob o enfoque, principalmente, do ser humano como fim último de atuação do Estado, em especial de sua dignidade, liberdade e direitos constitucionalmente garantidos, a fim de se concretizar o ideal de Justiça.

Sob essa perspectiva, tendo em vista toda a extensa exposição, e adotando-se como referencial teórico as perspectivas de Hassemer e Tavares, expoentes da teoria pessoal do bem jurídico, a indagação mais relevante a se fazer é se, de fato, o Sistema Financeiro Nacional funcionaliza-se para o fim último do interesse da pessoa humana. Isso porque, em se tratando, em tese, de um bem jurídico coletivo, amplamente admitido na doutrina nacional, não se pode pensar que ele se preste a apenas funções da Administração, ou seja, que ele sirva de instrumento para garantir a mera obediência de normas de caráter administrativo, sem função de proteção de valores verdadeiramente palpáveis. Assim, a resposta à pergunta que se propõe neste ponto da pesquisa deve passar pela análise da verdadeira vinculação do Sistema Financeiro Nacional aos interesses individuais dos cidadãos brasileiros.

Voltando à previsão constitucional, este é o fim para que ele foi cunhado: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem³⁹⁰”. Portanto, em tese, a Lei Fundamental atribui ao Sistema Financeiro Nacional não um fim em si mesmo, mas um meio para a promoção do desenvolvimento equilibrado do país e dos interesses da coletividade, em cada uma das partes que o compõem. A pessoa humana ganha espaço na medida em que o Sistema Financeiro funcione, de fato, para este fim. Contudo, o sistema financeiro,

³⁸⁹ HASSEMER, Winfried. *Estúdios sobre Justicia Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005. p. 67.

³⁹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa Do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

embora real, apreensível, não é um bem evidentemente concreto. Ele é, na verdade, um conjunto de instituições financeiras e de normas administrativas, politicamente instituídas, que se voltam para sua própria existência. Embora haja uma finalidade constitucional expressa de servir aos cidadãos, o Sistema Financeiro serve a si mesmo, ou seja, para a sua manutenção e estabilidade.

Diferentemente do bem jurídico coletivo meio ambiente, que pode ser usufruído por todos os cidadãos, e não pode ser destinado a apenas uma parcela de indivíduos³⁹¹ – seja ao utilizar-se da água, do ar, das plantas -, o Sistema Financeiro Nacional não implica uma série de elementos “utilizáveis”. Ademais, partindo novamente desta comparação, verifica-se que o bem jurídico meio ambiente implica uma comprovação empírica e científica amplamente fundamentada, como estudos que garantem que a emissão excessiva de gases tóxicos promove uma poluição intolerável no ar para a pessoa humana – o que pode justificar uma proibição de emissão acima de tais níveis toleráveis. Por outro lado, o Sistema Financeiro Nacional implica interesses do Estado voltados à estabilidade de instituições financeiras³⁹², que, em última instância, acabam sendo reguladas por normas de caráter administrativo e notavelmente fluidas, a depender de concepções políticas e ideológicas passageiras. A ausência de referência empírica para a comprovação da vinculação do Sistema Financeiro Nacional com a funcionalização em interesse da pessoa humana é um fator que reforça o caráter simbólico do suposto bem jurídico³⁹³.

Da leitura bibliográfica nacional, nota-se um desapego à fundamentação empírica, científica, realista o suficiente para a definição do Sistema Financeiro Nacional. A impressão é de que ele foi pego emprestado dos ramos econômico e administrativo do direito, sem maiores verificações se se trataria, de fato, de um bem jurídico digno de proteção penal. A própria terminologia *sistema* remete a um conjunto

³⁹¹ Ideia de Hefendehl de estrutura dos bens jurídicos coletivos, segundo o qual deve ser obedecido o princípio da não distributividade, ou seja, o bem não pode ser dividido por alguns cidadãos. E, além disso, o uso do bem conforme o ordenamento jurídico não promove seu desgaste. Cf. HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal...* cit. p. 189.

³⁹² Cf. Art. 1º da Lei nº 7.492/1986: *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.*

³⁹³ Segundo a lição de Juarez Tavares, quanto mais se distancia de um processo possível de compreensão, mais se perde o empírico e mais se fortalece o mito e, portanto, o simbólico. TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal...* cit. p. 155.

de elementos que devam funcionar em harmonia entre si, sem necessariamente uma afetação à pessoa humana. O discurso aproxima-se mais das ideias de proteção de vigência da norma, de Jakobs, pois parece haver a proteção do sistema enquanto sistema de normas, e não de sua finalidade última. Ou mesmo o que afirma Juarez tratar-se de uma *função*, posto que a serviço de mero interesse estatal. Ou, ainda, como diz Roxin, uma mera incriminação a serviço do fácil exercício do governo.

Desta forma, levando-se em consideração a profunda e controversa discussão, primeiro a respeito da teoria do bem jurídico como critério de limitação da intervenção penal, e segundo da conformidade do Sistema Financeiro Nacional com a concepção pessoal ou antropocêntrica de bem jurídico, a principal ilação é de que a existência de um autêntico bem jurídico tutelado pela Lei nº 7.492/1986 é, no mínimo, bastante questionável.

Considerando-se a extensa e controversa discussão acerca da legitimidade da teoria do bem jurídico para desempenhar a função de limitação da intervenção penal, adere-se, portanto, neste estudo, conforme sinalizado anteriormente, à corrente da teoria personalista do bem jurídico, encampada por Hassemer e Tavares. Acredita-se que ela é aquela que mais se adequa ao modelo constitucional do direito penal, pois coloca o ser humano como centro de toda a tutela estatal, e a justificativa da *ultima ratio* se torna minimamente razoável apenas na medida em que se funcionalize para o bem do ser humano³⁹⁴. Outra vantagem dessa concepção é a consideração do Estado Democrático de Direito como uma referência inarredável para a intervenção penal, que considera que a restrição de liberdade por meio da pena deverá ser usada somente em casos extremos, em que outros ramos do direito não sejam capazes de proteger um interesse fundamental da pessoa humana. Admitir a teoria antropocêntrica do bem jurídico implica, igualmente, considerar que a tutela penal de funções estatais é inconcebível, pois ela implica sanção penal a condutas que se configuram como mera desobediência a regras conjunturais relativas a políticas estatais ou administrativas.

³⁹⁴ No mesmo sentido, vide o recente trabalho, ainda no prelo, de BRODT, Luis Augusto: “O conceito do bem jurídico como limite ao poder punitivo – um estudo sobre a concepção pessoal do bem jurídico aplicado ao delito econômico”. E, igualmente, MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, p. 37-58, 2012. Ambos consideram que a teoria pessoal do bem jurídico é a mais compatível com a orientação constitucional, em especial no tocante aos bens jurídicos de caráter coletivo.

Partindo deste referencial teórico, é possível, finalmente, fazer uma análise do caso específico da Lei nº 7.492/86, que se difere, então, da posição majoritária da doutrina nacional, que adota uma concepção teleológica, admitindo a *ration legis* Sistema Financeiro Nacional como o bem jurídico em si protegido pela referida lei, variando, ainda, para concepções como “bom funcionamento do sistema financeiro” ou “boa política financeira”³⁹⁵. Há um resgate, assim, da propaganda encampada pelo preâmbulo da lei, que se diz definir os crimes contra o “*Sistema Financeiro Nacional*”, como se, de fato, este fosse o bem lesionado ou colocado em perigo pelos delitos ali dispostos. Por outro lado, na contramão do senso comum doutrinário neste tema, apresenta-se o artigo do professor paulista Diogo Malan, que nos brinda com uma reflexão crítica sobre o tema, assumindo como referenciais teóricos a teoria pessoal do bem jurídico, de Hassemer e a teoria garantista, de Ferrajoli³⁹⁶.

Para Malan, a lei em questão é interpretada, em geral, de modo impreciso, o que serve para ocultar o fato de que se tutela, na verdade, políticas e funções estatais, o que implica um empobrecimento dos pressupostos de punibilidade e é totalmente incompatível com a Constituição³⁹⁷. O autor afirma, ainda, que é necessária uma redefinição do bem jurídico tutelado pela lei em foco, principalmente tendo em vista que o referido diploma legal foi promulgado no ano de 1986, ou seja, antes da Constituição da República vigente, de 1988, carecendo, portanto, de reinterpretação em conformidade com a Lei Fundamental atual³⁹⁸. Malan considera que o conceito de instituição financeira é uma concepção chave no processo de identificação do bem jurídico ou dos bens jurídicos protegidos pela Lei que define os crimes contra o Sistema Financeiro, sendo que ele admite que a definição encampada pela própria

³⁹⁵ Neste sentido, vide PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1987.

E também MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. São Paulo: Mandamentos, 1996.

³⁹⁶ Neste sentido vide MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit.

³⁹⁷ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 37 e 41.

³⁹⁸ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 37 e 41.

lei³⁹⁹ é demasiadamente amplo, contudo, o foco é a sua função de gestão profissional, mediante oferta pública, de ativos financeiros pertencentes a terceiros⁴⁰⁰.

O conceito personalista de bem jurídico, neste caso, para Malan, faz com que se exija um conteúdo material, bem como se respeite a função crítica ou limitadora do bem jurídico, de modo político-criminalmente orientado, enquanto que o conceito garantista de Ferrajoli implica a necessidade de dano, nos termos do princípio da ofensividade, para a legitimação de uma intervenção penal⁴⁰¹. Malan também adere à concepção de Tavares, segundo a qual as funções estatais, políticas e de gestão, não sofrem proteção penal legítima, pois tratam de mera conveniência passageira e oportunidade do administrador, de modo que as condutas que infrinjam tais funções devem ser consideradas como atos de mera desobediência e devem ser tuteladas pelo direito administrativo⁴⁰². Para o autor, a criminalização de condutas que, em tese, atentam contra o Sistema Financeiro Nacional, trata de uma manifestação da administrativização do direito penal⁴⁰³, na medida em que o direito penal se degenera em um instrumento de promoção de políticas públicas estatais e gestor de riscos, criminalizando contextos genéricos e tutelando riscos de natureza estatística, geral ou sistêmica⁴⁰⁴. E este processo de administrativização é considerado pelo autor como uma tendência prejudicial ao Estado de Direito, haja vista que equipara o ilícito administrativo, que é eticamente neutro e um mero ato de desobediência ao ilícito penal, independentemente de ofensividade. Outra desvantagem mencionada por

³⁹⁹ Art. 1º da Lei nº 7.492/86: “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 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”.

⁴⁰⁰ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 37-38.

⁴⁰¹ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 41-42.

⁴⁰² MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 45.

⁴⁰³ A este respeito, vide SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁰⁴ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 45-46.

Malan é a flexibilização dos critérios de atribuição de responsabilidade pelo direito penal, próprias do direito administrativo⁴⁰⁵. Malan prossegue, afirmando que, na verdade, o que se protege com a lei em questão de forma mediata é o patrimônio individual daqueles que possuem seus recursos administrados pelas instituições financeiras, enquanto o interesse imediato seria, então, a regulação do mercado⁴⁰⁶. Neste mesmo sentido argumenta Brodt, em seu artigo *“Do conceito de bem jurídico como limite ao poder punitivo: um estudo sobre a concepção pessoal do bem jurídico aplicada à criminalidade econômica”*, em que o autor ressalta que, embora na criminalidade econômica visa-se combater de forma imediata a livre concorrência, o que se protege, mediatamente, é exatamente o patrimônio⁴⁰⁷.

Malan chama atenção, ainda, para três aspectos complicadores que fazem com que a doutrina tenha dificuldades de encontrar um conceito unívoco de bem jurídico penal econômico: o primeiro é o fato de que se engloba conceitos e condutas heterogêneas; o segundo é qualquer definição depende de características estruturais relativas a cada contexto econômico e histórico; e, por fim, o terceiro é que o conceito não possui natureza atemporal, abstrata e ontológica⁴⁰⁸. Com efeito, a posição do autor de que o conceito é um subproduto estrutural de seu contexto socioeconômico é plenamente aceitável, haja vista que as ciências econômicas não são exatas, e carecem de moldes políticos e históricos, não sendo absolutas em qualquer lugar e momento. A referência constitucional, neste ponto, adquire relevância primordial, sendo que no caso do Sistema Financeiro Nacional, o artigo 170 da Lei Fundamental define que ele se presta ao desenvolvimento equilibrado do país e a servir os

⁴⁰⁵ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 46. Uma das evidências para Malan de que a lei nº 7.492/86 trata o direito penal como instrumento de regulação de atividades exercidas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, de modo administrativizado, é o próprio preâmbulo do texto legal, que ressalta a *“boa execução da política do governo”*. Os riscos inerentes ao sistema ficam, assim, a cargo da gestão pelo direito penal, o que é atribuição originária do direito administrativo. Gestão, ainda, das condutas que colocam em risco as políticas monetárias, cambiais e financeiras de caráter momentâneo, traçadas pela autoridade governamental.

⁴⁰⁶ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 47.

⁴⁰⁷ BRODT, Luis Augusto. *“O conceito do bem jurídico como limite ao poder punitivo - um estudo sobre a concepção pessoal do bem jurídico aplicado ao delito econômico...”* cit. p. 22-24. Para o autor, o patrimônio é o bem jurídico de titularidade individual, cuja proteção é feita mediatamente no âmbito da repressão de crimes econômicos. Ele apresenta, por sua vez, diversas concepções acerca do bem jurídico patrimônio, aderindo, contudo, à concepção dinâmica, adotada por Moccia, segundo a qual o patrimônio permite ao indivíduo o desenvolvimento de sua personalidade, no próprio âmbito econômico.

⁴⁰⁸ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 47.

interesses da coletividade. Da simples leitura desta função atribuída ao Sistema Financeiro, é possível depreender que ele não é fim em si mesmo, e sim que serve aos fins de desenvolvimento equilibrado do país e interesses da coletividade. Para Malan, isso significa, micro-socialmente, pensar na propriedade, ou nos ativos, daquelas pessoas físicas ou jurídicas que investem seu patrimônio nas instituições financeiras⁴⁰⁹. Deste modo, o autor considera que a primeira interpretação é de que o Sistema Financeiro seria um bem jurídico intermediário, utilizado para proteção de bens jurídicos finais – o patrimônio – o que deveria ser evitado, haja vista que implica, inevitavelmente, uma proteção antecipada, antes da efetiva lesão ou colocação em perigo concreto dos bens jurídicos finais⁴¹⁰. E, ainda, conclui que a política econômica protegida pelo Sistema Financeiro Nacional não seria digna de tutela penal, sendo apenas a *ratio legis* da tutela, ou seja, a razão de ser, o espírito que a inspira⁴¹¹. Contudo, a proteção da *ratio legis* contribui para reforçar apenas a concepção metódica do bem jurídico, evaporando sua função crítica e limitadora⁴¹². A conclusão final do brasileiro Malan é de que, afinal, o bem jurídico final legitimamente tutelado pela Lei nº 7.492/86 é o patrimônio público e o patrimônio privado investido nas instituições financeiras e que o Sistema Financeiro é, na verdade, apenas a *ratio legis* ou um bem jurídico intermediário, que foi focado em razão de falta de boa técnica legislativa⁴¹³. Ou seja, ele refuta a grande parte da doutrina nacional, que coloca termos genéricos como “boa execução da política econômica” como bem jurídico tutelado, considerando que, na verdade, políticas desta natureza são funções estatais, o que não é papel legítimo do direito penal liberal, à luz das teorias personalista e garantista do bem jurídico⁴¹⁴.

Em sintonia com a conclusão de Malan encontra-se a doutrina de Moccia e Tavares, em suas obras *“De la tutela de biens a la tutela de funciones: entre ilusiones*

⁴⁰⁹ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 47.

⁴¹⁰ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 48.

⁴¹¹ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 51.

⁴¹² Neste sentido, Malan cita Moccia.

⁴¹³ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 51.

⁴¹⁴ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 52.

post-modernas y refluxos liberales” e “*Bien jurídico y función em Derecho penal*”. Moccia, adepto à função limitadora do bem jurídico, apesar de toda a crise, admite que o conceito de bem jurídico não implica equações e subsunções, de modo que é necessário conjuga-lo com a reflexão acerca das funções da pena para finalmente compreender o que pode ou não ser tutelado pelo direito penal⁴¹⁵. O autor italiano considera, ainda, que a criação exacerbada de delitos que levem em consideração bens jurídicos de titularidade difusa e amplo espectro, especialmente no âmbito econômico, apesar de sua justificativa na perigosidade global, implica uma renúncia ao conceito de bem jurídico e de sua função limitadora⁴¹⁶. Disso, para Moccia, decorre que o sistema penal passa a funcionar como gestor de riscos, tornando-se um direito penal dirigista, que se ocupa de normas apenas organizativas, abrindo mão do seu verdadeiro escopo. Renuncia-se às condutas que imediatamente se orientam ao ataque do bem, reprimindo condutas que, na verdade, configuram-se como mera inobservância de normas organizativas, e não de fatos socialmente danosos⁴¹⁷. O direito penal que tutela funções, para Moccia, que são objetivos de organização política, social e econômica, prescinde de vítimas e transforma o injusto penal em uma mera transgressão ou desobediência⁴¹⁸. O autor italiano considera, de forma congruente com a exposição de Malan, que gestão econômica, funcionamento do sistema econômico e ordem estável da economia são apenas *ratio* de tutela, distantes do conceito de bem jurídico⁴¹⁹. E, igualmente, considera que o bem jurídico patrimonial, de grande importância para o desenvolvimento da identidade do indivíduo no âmbito econômico, é o bem jurídico-fim tutelado pela maior parte dos delitos que se pretendem inserir no âmbito dos delitos de natureza econômica⁴²⁰. A conclusão de Moccia é, assim, que a dinâmica da produção legislativa mais recente, em matéria

⁴¹⁵ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y refluxos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. J. M. Silva Sanchez (ed.) Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997. p. 114.

⁴¹⁶ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y refluxos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 115.

⁴¹⁷ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y refluxos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 115.

⁴¹⁸ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y refluxos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 118.

⁴¹⁹ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y refluxos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 121.

⁴²⁰ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y refluxos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 133-135.

penal, vem tutelando mais funções do que bens jurídicos, o que se afasta por completo dos princípios da ofensividade e subsidiariedade, movimento contra o qual temos o dever de resistir⁴²¹. E é nesse contexto que aparentemente se insere a tutela do Sistema Financeiro Nacional, no âmbito da lei nº 7.492/86.

Em ponto de vista semelhante ao de Moccia, Tavares, para quem a criação do bem jurídico não é apenas produto de uma elaboração política pura, mas sim também de um contexto político e econômico⁴²², na mencionada obra que trata da tutela de funções e sua oposição ao papel do bem jurídico, no direito penal, afirma, igualmente, que há uma frequente confusão entre bem jurídico coletivo e função⁴²³. Para Tavares, aqueles bens de natureza coletiva cuja identificação de indivíduo titular seja impossível não é, em essência, um bem jurídico, o que reforça sua posição pela visão antropocêntrica do bem jurídico⁴²⁴, segundo a qual a liberdade do indivíduo não será molestada por supostas adoções de políticas públicas, em âmbitos administrativos, econômicos ou sociais⁴²⁵. A função estatal, assim, para Tavares, encerra atividades administrativas de Estado referentes ao controle sobre determinado setor da vida de relação ou de seu próprio organismo⁴²⁶. Além disso, a função possui sempre uma característica de instrumentalidade e de dependência com relação a outro objeto⁴²⁷, de modo que a relação é uma ideia inseparável do conceito de função, assim como na matemática, que função significa uma magnitude que varia conforme uma variável⁴²⁸, enquanto o bem jurídico é um fim em si mesmo, destacado, a princípio, da ideia de utilidade. Além disso, fora da relação, a função não significa nada, sendo que ela, assim, não constitui um valor em si mesma, não podendo, portanto, ser confundida com um bem⁴²⁹. Tavares identifica, ainda, uma forma de função própria da

⁴²¹ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 142.

⁴²² TAVARES, Juares. *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 17 e 27. Tavares alerta para o perigo da visão neokantiana de bem jurídico, dentro do ideário positivista, pois esta se limita, em geral, a dizer o que o legislador pretende proteger ou incriminar, sem nenhum questionamento acerca da legitimidade. O bem jurídico torna-se, assim, um mero exercício retórico, dentro de um marco de referência classificatório, possibilitando apenas a sistematização e classificação dos delitos das partes especiais dos códigos.

⁴²³ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 48.

⁴²⁴ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 49.

⁴²⁵ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 53.

⁴²⁶ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 53.

⁴²⁷ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 56.

⁴²⁸ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 56.

⁴²⁹ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 60.

sociedade pós-moderna, que consiste na substituição de controle de relações materiais por questões de comunicação, criando, assim, um controle de informação. Esse tipo de função é observada, por exemplo, no controle da entrada e saída de dinheiro do país, que tem por objeto a comunicação desse fluxo de dinheiro, independentemente das repercussões na economia ou da pessoa que efetivamente o realiza⁴³⁰. Como tais funções têm natureza administrativa, cuja infração não precisa ter caráter lesivo, a mera desobediência das regras de controle é suficiente para justificar a sanção⁴³¹.

A distinção entre bem jurídico e função, para Tavares, implica, inicialmente, o fato de que as funções não têm caráter de universalidade, estando subordinadas exclusivamente a critérios de oportunidade⁴³². Por sua vez, os bens jurídicos são orientados ao ente real estável pessoa humana. E, segundo ele, em decorrência do pressuposto da garantia e do Direito penal democrático, somente os bens jurídicos podem implicar incriminações de condutas – o que for incriminação de função deveria ser inválido⁴³³. Contudo, afirma o autor que algumas funções adquirem o *status* de bem jurídico, a partir do momento em que se reveste de universalidade e estabilidade (ao contrário da particularidade e da oportunidade), servindo, de fato, à pessoa humana, como é o caso da administração da justiça⁴³⁴. Tavares reproduz a visão de Moccia, mais uma vez, admitindo, no tocante ao bem jurídico patrimônio, que este é responsável por assegurar ao sujeito uma órbita de desenvolvimento de sua personalidade⁴³⁵. E concorda, igualmente, que no caso de delitos econômicos, muitas

⁴³⁰ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 62. Para o autor, essa é uma função específica, distante do caráter de universalidade, que constitui uma atribuição meramente informativa, o que demonstra seu elemento simbólico e sua clara distinção do conceito de bem jurídico.

⁴³¹ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 63-64. Tavares exemplifica o quanto o controle de informação é temerário, se for adotada a referência da lesividade, com o fato de que uma remessa de um valor bilionário, desde que informada, para o exterior, não constitui infração, enquanto a remessa de um valor baixíssimo, sem a necessária declaração, pode resultar na sanção. Ou seja, de fato, foca-se a mera desobediência, e não a lesividade da conduta para a economia, por exemplo. Neste caso, conclui Tavares que o que está em jogo não é o patrimônio público, mas sim apenas a função de controle de informação, e sancionar tal conduta penalmente, sem a existência de verdadeira lesão, é tutelar penalmente uma simples função de controle, o que, para o autor, é um absurdo.

⁴³² TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 64. Um exemplo citado pelo autor é o do artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, que tipifica o delito de evasão de divisas, atribuindo sanção penal a uma conduta que implica, exclusivamente, desobediência de norma de caráter administrativo, qual seja, de não declarar a remessa de divisas para o exterior.

⁴³³ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 65.

⁴³⁴ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 65.

⁴³⁵ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 68.

vezes tutela-se o patrimônio, e não as tarefas do Estado, como a política tributária ou fiscal⁴³⁶.

Com relação à identificação dos bens jurídicos, distinguindo-os das funções, Tavares ressalta que a mera classificação conforme seus titulares entre bens individuais ou coletivos ou, conforme sua percepção, entre bens concretos e abstratos, implica três consequências negativas: a imposição de um sistema arbitrariamente dualista; incremento de um estado de proteção simbólica dos bens, em especial dos coletivos; e tornar obscuras suas propriedades, reforçando a confusão com as funções, a partir do momento em que elas são vistas como interesses estatais ou da comunidade⁴³⁷.

Para Tavares, o direito penal deve ser entendido como instrumento de delimitação de poder, no contexto do Estado democrático, e não como meio de execuções programáticas do Estado, e distanciar-se desta noção faz com que haja grande confusão na distinção entre bens e funções. E o primeiro pressuposto, para o autor, para proceder e identificar com segurança um bem jurídico e diferenciá-lo da função é descartar essa distinção entre bens jurídicos individuais e coletivos e abraçar o conceito de bem jurídico pessoal⁴³⁸.

No caso do conceito do bem jurídico pessoal, Tavares afirma que é indispensável que determinado valor possa implicar, direta ou indiretamente, um interesse individual, independentemente de se esse interesse individual corresponde a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas indistinguíveis⁴³⁹. E, além disso, é necessário que haja uma referência a um dado do ser, de existência real, anterior à norma, como é o caso da vida, do patrimônio, da liberdade, o que implica que haja uma possibilidade de lesão concreta do bem. Mas, em um segundo momento, apesar de sua referência no mundo do ser, deve haver o enfoque normativo, que exprimirá a construção valorativa e sua introdução na ordem jurídica. O limite normativo, que define as regras do jogo, exige, por fim, que haja uma substancialidade, capaz de possibilitar um procedimento de demonstração da lesão

⁴³⁶ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 69.

⁴³⁷ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 69-70.

⁴³⁸ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 70-71.

⁴³⁹ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 71.

ou colocação concreta em perigo. Assim será, enfim, possível distinguir o bem jurídico da função⁴⁴⁰.

Justamente por carecer de substância, incapaz de passar por exames ou demonstrações empíricas de lesão ou colocação em perigo, é que as funções não podem ser objeto de tutela penal⁴⁴¹. O direito penal visa prevenir consequências em um plano real, no qual se inserem os bens jurídicos, e não em um plano simbólico, do qual fazem parte as funções, e por isso uma política criminal destinada à proteção destas últimas é inconcebível, em um contexto de direito penal democrático. Deste modo, para Tavares, deve ser descartado da estrutura normativa o bem de prestação, ou instrumental, como por exemplo a correta gestão econômico-financeira ou a ordem estável da economia, pois eles tratam de funções, que além de banalizarem o conceito de bem jurídico, implicam um objeto de tutela insuscetível de apreensão conceitual, delimitação ou juízo de refutabilidade⁴⁴². Essa discussão, afinal, não é apenas necessária no âmbito da racionalização dogmática, mas também como foco de questionamento de legitimidade do próprio direito de punir – e é por isso que o bem jurídico cumpre um papel crítico delimitativo da proibição, focando na proteção da pessoa humana⁴⁴³.

Enfim, a conclusão de Tavares, é que não há como se falar em legitimidade da intervenção penal, no âmbito do Estado Democrático de Direito, sem se falar em bem jurídico, que exerce, conforme a política criminal adotada pela Constituição, o papel de delimitação da criação normativa em matéria penal. E, por sua vez, as funções estatais que visem a imposição de políticas ou regras de ordem administrativa, não devem ser objeto de tutela penal, sendo ilegítimas, simbólicas e incompatíveis com o direito penal democrático⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 75-77.

⁴⁴¹ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 81.

⁴⁴² TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 82.

⁴⁴³ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 84.

⁴⁴⁴ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 84-85.

2.2 Dos tipos penais em espécie na Lei nº 7.492/86

A partir da análise acerca dos bens jurídicos tutelados pela Lei nº 7.4992/86, orientados pela teoria pessoal do bem jurídico, bem como das funções estatais que o referido diploma legal tutela penalmente, a despeito da ilegitimidade e simbolismo de tal tutela, faz-se necessário indagar acerca de cada um dos tipos penais a que se refere a lei. Isso porque, de fato, o injusto penal se extrai da norma penal incriminadora, expressa pelos tipos penais, e em uma lei penal constituída por vinte e dois tipos penais, é possível que alguns deles destinem-se à tutela de um bem jurídico legítimo – como o patrimônio – e outros à tutela de funções. Para isso, necessário examinar cada um deles individualmente.

Além do objeto de tutela da lei, seja ele, para cada caso, legítimo ou não, no contexto do direito penal democrático, é necessário verificar, para cada um dos tipos penais da lei em estudo, se a conduta incriminada de fato causa lesão, perigo concreto ou perigo abstrato para o bem em questão, sendo que, no último caso, trata-se de antecipação das barreiras punitivas. Essa análise é igualmente necessária, do ponto de vista da legitimidade e do simbolismo da lei penal, uma vez que a ofensividade ao bem é também um requisito indispensável para a configuração do injusto no contexto do direito penal democrático. Neste cenário, indispensável recorrer aos conceitos de delito de acumulação, já mencionado no tópico anterior, e de administrativização do direito penal, movimento a ser abordado com mais profundidade, que implica adoção de estrutura delituosa idêntica à das infrações administrativas.

Inicialmente, retornando à lição de Malan, a mera previsão constitucional de determinado valor não é suficiente para que haja sua proteção penal, que, por sua vez, exige que sejam observados os princípios da necessidade, subsidiariedade e *ultima ratio*⁴⁴⁵. No caso do Sistema Financeiro Nacional, o autor considera que, em razão de o controle jurídico-administrativo já ser demasiadamente rígido e suficientemente eficaz, impondo sanções de cassação para funcionamento de instituição financeira e pesadas multas, ele considera que haja a desnecessidade de intervenção penal. Além do direito administrativo, Malan menciona, ainda, o direito

⁴⁴⁵ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 48.

civil, capaz de decretar obrigações de não fazer e medidas cautelares contra o patrimônio dos gestores desviantes⁴⁴⁶. Uma vez que o Sistema Financeiro Nacional não é fim em si mesmo, para orientá-lo à perspectiva antropocêntrica do bem jurídico, seria necessário identificar sua universalidade, sua estabilidade e também, em cada tipo penal, uma lesão concreta aos verdadeiros bens jurídicos finais, ou seja, do patrimônio, a fim de se manter o pressuposto penal da lesividade e não se utilizar da presunção de perigo⁴⁴⁷.

Malan considera que o delito que implica somente um perigo abstrato é carente de fundamentação empírica e, portanto, de legitimidade democrática. O perigo abstrato seria a evidência de uma intervenção simbólica do direito penal, prescindindo do caráter empírico dado pelo liame causal e incorrendo na incriminação de uma mera desobediência de norma penal – atipicidade meramente formal⁴⁴⁸. Do ponto de vista do processo penal, o delito de perigo abstrato também acarreta problemas, pois embora o ônus da prova seja da acusação, este tipo de perigo dispensa prova, mesmo porque não há como provar a relação causal no âmbito empírico⁴⁴⁹. Malan, neste ponto, cita Jorge de Figueiredo Dias, que critica severamente o direito penal dos perigos, na condição de direito de prevenção de riscos futuros, tendo em vista que o perigo abstrato suprime a concretude e utilidade prática do conceito de bem jurídico⁴⁵⁰. Conceitos vagos, imprecisos, efêmeros e abstratos, como a boa execução da política econômica do governo, por exemplo, para Malan, são incapazes de serem objeto de lesão ou de perigo concreto, recorrendo sempre à presunção de perigo, fruto de ilações⁴⁵¹, o que é inconcebível.

Moccia, por sua vez, corrobora a ideia de que sanções preventivas são cabíveis ao direito civil e ao direito administrativo, incumbindo ao direito penal a repressão de manifestações danosas ou concretamente perigosas. E ressalta, ainda, a gravidade

⁴⁴⁶ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 48.

⁴⁴⁷ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 49.

⁴⁴⁸ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 49.

⁴⁴⁹ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 50.

⁴⁵⁰ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 50.

⁴⁵¹ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 50.

das normas penais em branco, que funcionam a serviço de preceitos emanados de órgãos não legislativos, com prescrições e autorizações administrativas, o que esbarra no princípio da legalidade e da taxatividade das normas penais⁴⁵². Por sua vez, os delitos de perigo abstrato também se afastam do Estado de Direito como referência, pois são impregnados, segundo Moccia, por critérios excessivamente formais, o que ocorre com alguns delitos no âmbito econômico, que fogem do exigido pelos pressupostos liberais de incriminação⁴⁵³. Neste contexto, ocorre, para Moccia, o fenômeno da administrativização do direito penal, que é contrária à proteção dos bens jurídicos, na medida em que pretende o controle de condutas que, na verdade, não são lesivas ou de perigo concreto, e sim que infringem normas gerais⁴⁵⁴. Outro aspecto da administrativização do direito penal, segundo Moccia, é o uso de termos externos ao direito penal, seja tributária, financeira, econômica, dificultando a compreensão da norma e tornando-a desorgânica⁴⁵⁵.

No caso da Lei nº 7.492/86, seguindo a conclusão do tópico anterior de que é possível apreender que haja a proteção do bem jurídico patrimônio como fim, em alguns casos, é mais fácil de se apreender, na conduta incriminada, uma lesão. Neste sentido, Moccia argumenta que, diferentemente dos danos macroscópicos, ligados a bens impregnadas de uma estrutura de espectro amplíssimo, como a estabilidade da ordem econômica ou seu correto funcionamento⁴⁵⁶.

Objetos de tutela do tipo pós-moderno, por sua vez, como a ordem econômica, são para Moccia *rationes* de tutela, e não bens jurídicos, prescindindo de ataque real ao bem e implicando a tutela antecipada, que vai além do permitido pelo direito penal de fato⁴⁵⁷. Essa antecipação, que se utiliza da estrutura dos delitos de perigo abstrato, são, para Moccia, incompatíveis com um sistema penal garantista. Não se causando

⁴⁵² MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 123.

⁴⁵³ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 127.

⁴⁵⁴ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 130.

⁴⁵⁵ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 131.

⁴⁵⁶ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 134-135.

⁴⁵⁷ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 135.

dano ou perigo concreto, o que ocorre é que o desvalor do ato seja inapreensível, dificultando a internalização e a prevenção dos referidos delitos. Com isso, há uma significativa perda da credibilidade do sistema penal, que passa a ser considerado como sancionador de delitos que sequer guardam significativa relevância⁴⁵⁸. Moccia considera que, se não se obedece o critério da ofensividade, não haverá outros critérios de natureza sistemática-estrutural que possam vincular a discricionariedade legislativa. Assim, antecipando-se a punição, para antes da lesão ou do perigo concreto, tem-se uma sobrevalorização do desvalor da conduta e uma subvalorização do desvalor do resultado, incriminando-se delitos de mera desobediência⁴⁵⁹.

Feitas tais considerações, passa-se à análise dos tipos penais em espécie da lei nº 7.492/86, quanto ao objeto de tutela e à estrutura do delito.

Os tipos penais da lei nº 7.492/86 são previstos nos artigos 2º a 23 da referida lei, todos eles sob o título “Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional”⁴⁶⁰, remetendo, portanto, à tutela da função de natureza político-administrativa mencionada por diversas vezes, de bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional.

No artigo 2º, *caput*, lê-se a seguinte redação:

*“Art. 2º - Imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação, sem autorização escrita da sociedade emissora, certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário.
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem imprime, fabrica, divulga, distribui ou faz distribuir prospecto ou material de propaganda relativo aos papéis referidos neste artigo”⁴⁶¹.*

A conduta aqui tipificada implica, em tese, um perigo para a credibilidade da instituição que emite títulos e valores imobiliários, bem como um perigo de prejuízo

⁴⁵⁸ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin... cit. p. 136.

⁴⁵⁹ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin... cit. p. 137-138. Para o autor, somente a tentativa e a forma culposa podem franquear uma legítima antecipação de tutela penal.

⁴⁶⁰ BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>.

⁴⁶¹ BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>.

patrimonial para a própria instituição, que pode vir a pagar por um título que foi emitido de forma fraudulenta.

O título ou o valor imobiliário, na medida em que são suscetíveis de negociação e venda, têm valor de natureza econômica, por isso integram o patrimônio da empresa. A autorização da instituição, por sua vez, é indispensável, na medida em que é exatamente no contexto de determinadas regras que tais títulos e valores mobiliários adquirem um preço ou uma possibilidade de remuneração. É possível, neste caso, vislumbrar a tutela do patrimônio tanto de quem adquire o título fraudulento quanto a própria sociedade emissora, que pode vir a desembolsar a retribuição do título fraudulentamente colocado em circulação de forma fraudulenta. Entretanto, diante da concepção pessoal de bem jurídico, não se reconhece a credibilidade da instituição financeira as características de um verdadeiro bem jurídico. Assim, na hipótese, somente se poderá cogitar da existência do crime, quando o patrimônio da instituição financeira ou de quem adquire o título for colocado ao menos em perigo concreto.

A estrutura do delito, por sua vez, deve ser analisada para cada um dos núcleos do delito. No caso da impressão, reprodução ou fabricação do título, é possível argumentar que se tratam de condutas que colocam o patrimônio apenas em perigo abstrato, pois o documento está demasiadamente longe de qualquer forma de causar prejuízo a quem o adquire ou à sociedade responsável por emití-lo. Por outro lado, no caso da colocação em circulação, vê-se a possibilidade concreta de algum interessado adquirir o título fraudulento, de modo que a colocação em circulação configura delito de perigo concreto. Em todo caso, contudo, não é necessária, pela leitura do tipo penal, a efetiva lesão ao patrimônio.

O parágrafo único do artigo 2º, por sua vez, determina que *“Incorre na mesma pena quem imprime, fabrica, divulga, distribui ou faz distribuir prospecto ou material de propaganda relativo aos papéis referidos neste artigo”*. Neste caso, verifica-se que o perigo a que é submetido o bem jurídico título ou valor imobiliário, que, em última instância, trata-se de patrimônio, torna-se ainda mais abstrato, pois a mera veiculação de propaganda, que não necessariamente atingirá compradores interessados, é reprimida penalmente.

Na doutrina nacional, contudo, vê-se que se considera que o referido tipo penal tutela a higidez e a estabilidade do Sistema Financeiro Nacional, indispensáveis à boa

execução da política econômica no governo, segundo Tórtima⁴⁶²; a regularidade formal do processo de emissão e negociação dos valores mobiliários, conforme Fragoso⁴⁶³; boa execução da política econômica e mercado financeiro, para Pimentel⁴⁶⁴; Sistema Financeiro Nacional e credibilidade pública de títulos e valores imobiliários, para Maia⁴⁶⁵.

O artigo 3º, por sua vez, assim prevê:

“Art. 3º Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”⁴⁶⁶.

Neste caso, verifica-se um tipo penal exageradamente aberto, de perigo evidentemente abstrato. Ora, não há qualquer precisão no tocante à natureza da informação falsa ou prejudicialmente incompleta e nem sequer o seu alcance. Ao que tudo indica, trata-se, na verdade, de um delito de mera desobediência, na medida em que contraria uma expectativa de controle sobre a liberdade de expressão, sem implicar, necessariamente, algum tipo de consequência fática para a instituição financeira objeto da informação divulgada.

Ressalte-se que o bom funcionamento do Sistema Financeiro não é, por si só, um bem jurídico digno de tutela penal, implicando apenas uma função de ordem política-administrativa. Pela leitura do tipo penal, verifica-se uma pretensa intenção do legislador de proteger as instituições financeiras de informações falsas ou incompletas que sejam potencialmente prejudiciais para seu funcionamento perante aqueles que dela fazem uso. Contudo, nota-se, igualmente, uma tentativa de atribuição ao direito penal de uma tarefa de gestão de riscos, na medida em que a mera informação falsa ou incompleta sobre o funcionamento de uma instituição financeira, parece incapaz

⁴⁶² TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao estudo da lei n° 7.492/86)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 17. Para o autor, objeto jurídico e bem jurídico tutelado se confundem.

⁴⁶³ FRAGOSO, Fernando. Apud TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao estudo da lei n° 7.492/86)... cit.*, p. 17.

⁴⁶⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional... cit.*, p. 34.

⁴⁶⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Anotações à Lei Federal n. 7.492/86... cit.*, p. 42. Tigre Maia considera que o Sistema Financeiro Nacional pode ser considerado como bem jurídico e seria objeto mediato de proteção no caso de todos os delitos previstos na lei n° 7.492/86.

⁴⁶⁶ BRASIL. Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>.

de causar, de forma concreta, qualquer perigo ao seu patrimônio. Este delito, portanto, mostra-se como expressão da ilegítima tutela de funções.

A despeito desta avaliação, nota-se, mais uma vez, na doutrina nacional, a compreensão de que se trata de um delito com o fito de se tutelar a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional e suas instituições⁴⁶⁷, o mercado financeiro⁴⁶⁸ e a estabilidade do Sistema Financeiro Nacional⁴⁶⁹.

Na sequência, o artigo 4º descreve o delito de gestão fraudulenta, delito para o qual é prevista a maior pena na lei nº 7.492/86:

*“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”⁴⁷⁰.*

Novamente, verifica-se um tipo penal demasiadamente aberto, que não exige lesão para sua configuração. Não há necessariamente lesão ao patrimônio da instituição financeira, tratando-se de delito de perigo. O perigo, por sua vez, neste caso, é concreto, na medida em que a fraude implica exatamente ato ardiloso, de má-fé, com o intuito de lesar outrem. O parágrafo único, por outro lado, com pena inferior à do *caput* – 02 a 08 anos – é aplicado em casos de gestões temerárias. O termo temerário, diferente da fraude, implica risco, mas o tipo penal parece não exigir que o patrimônio da instituição financeira seja efetivamente exposto a perigo concreto. Diante da posição aqui sustentada, tal entendimento é inadmissível, pois tratar-se-ia de uma antecipação da punição, caso de perigo meramente abstrato⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Anotações à Lei Federal n. 7.492/86...* cit. p. 48.

⁴⁶⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional...* cit. p. 43.

⁴⁶⁹ TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao estudo da lei nº 7.492/86)...* cit. p. 23.

⁴⁷⁰ BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>.

⁴⁷¹ Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (Inq 2589, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-10-2014 PUBLIC 14-10-2014), o Tribunal considerou que “O crime de gestão fraudulenta de instituição financeira tem por fim a proteção do sistema financeiro brasileiro contra gestões que comprometam “a lisura, correção e honestidade das operações atribuídas e realizadas pelas instituições financeiras e assemelhadas. 3. Consectariamente, o bom e regular funcionamento do sistema financeiro repousa na confiança que a coletividade lhe acredita. A credibilidade é um atributo que assegura o regular e exitoso funcionamento do sistema financeiro como um todo, protegendo-se, igualmente, os bens, valores, enfim, o patrimônio da coletividade, representada pelos investidores diretos que destinam suas economias, ou ao menos

Por outro lado, mais uma vez, nota-se que a doutrina nacional se furta de discussões acerca da legitimidade do referido tipo penal, restringindo sua avaliação do objeto de tutela na norma, que seria, para Maia, a credibilidade do sistema financeiro nacional⁴⁷², a boa execução da política financeira, para Pimentel⁴⁷³ e a estabilidade e higidez do sistema financeiro nacional, para Tórtima⁴⁷⁴.

O artigo 5º, por sua vez, incrimina a conduta de:

“Art. 5º Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, que negociar direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito”.

parte delas, às operações realizadas pelas instituições financeiras exatamente por acreditarem na lisura, correção e oficialidade do sistema”.

Por sua vez, no HC 95515 (Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 30/09/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-04 PP-00758) “Assim, o bem jurídico protegido pela norma contida no art. 4º, da Lei n 7.492/86, é também a saúde financeira da instituição financeira. A repercussão da ruína de uma instituição financeira, de maneira negativa em relação às outras instituições, caracteriza o crime de perigo. 8. Em não se tratando de crime de dano, a figura típica da gestão fraudulenta de instituição financeira não exige a efetiva lesão ao Sistema Financeiro Nacional, sendo irrelevante se houve (ou não) repercussão concreta das operações realizadas na estabilidade do Sistema Financeiro Nacional”. E, ainda de modo diferente, “O art. 4º da Lei 7.492/86 descreve o crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, tutelando o Sistema Financeiro Nacional e sua credibilidade pública” (REsp 585.770/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 313)

No caso da gestão temerária, gestão temerária, “crime que pressupõe o exercício continuado (habitual) da atividade gerencial, não bastando, até mesmo em face do bem jurídico protegido – basicamente a higidez do sistema financeiro nacional contra gestões arriscadas, insensatas -, um ou outro ato praticado isoladamente, sem aptidão para fazer perigar a saúde do sistema financeiro. 5. A gestão temerária constitui tipo aberto, mas completo, que não necessita de complementação normativa ulterior infralegal para sua perfeita configuração, devendo a sua concretização ficar a cargo do julgador por meio de um juízo de valoração, dentro das circunstâncias do caso, não se confundindo com a norma penal em branco, que requer algum complemento previsto em lei ordinária ou outra fonte formal distinta, para que se possa compreender o âmbito de aplicação do seu preceito primário” (ACR 0024236-36.2000.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.267 de 02/05/2014) E ainda “O delito de gestão temerária está inserido no rol de crimes que tutelam o funcionamento e a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional, tratando-se, portanto, de crime formal. Dessa forma, o eventual prejuízo causado pela ação temerária dos dirigentes da instituição financeira não é exigido para fins de caracterização da responsabilidade penal dos mesmos. Precedente jurisprudencial deste Tribunal Regional Federal” (ACR 0042410-18.2004.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.252 de 13/12/2013). b

⁴⁷² MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Anotações à Lei Federal n. 7.492/86...* cit. p. 54.

⁴⁷³ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional...* cit. p. 50.

⁴⁷⁴ TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao estudo da lei n° 7.492/86)...* cit. p. 54.

No caso deste tipo penal, verifica-se uma verdadeira apropriação de patrimônio alheio, o que já é incriminado pelo Código Penal, em seu artigo 168, qual seja, do delito de apropriação indébita. Contudo, no caso da lei nº 7.492/86, a pena é de 02 a 06 anos, e não de 01 a 04 – embora o artigo 168 do Código Penal atribua aumento de pena em condições específicas, como quando o agente recebeu a coisa na qualidade de tutor ou em razão de ofício, o que se aproxima mais do tipo penal da lei nº 7.492/86. Nota-se que se trata de norma penal mais específica, por se tratar do âmbito da instituição financeira, com reprovação maior, mas a conduta não é diferente daquela, causando lesão ao patrimônio do titular. Por sua vez, em seu parágrafo único, o artigo 5º incrimina *“qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, que negociar direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito”*. Mais uma vez, nota-se a exigência de uma autorização do titular para a negociação de bem. Com efeito, não implica, necessariamente, uma apropriação por parte do agente, mas apenas o fato de que ele realize a transação sem a autorização do titular proprietário do título ou bem, de modo a configurar um delito de perigo abstrato para o patrimônio e de tutela de função, na medida em que se protege, em tese, o bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional⁴⁷⁵.

No artigo 6º da Lei nº 7.492/86, a conduta incriminada consiste em:

*“Art. 6º Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”.*

⁴⁷⁵ O entendimento do Superior Tribunal de Justiça firma-se no sentido de que o delito em comento tutela a relação de confiança dos negócios jurídicos dos investidores: “Já o art. 5º da mesma lei protege a relação de confiança dos negócios jurídicos desta área e o patrimônio dos investidores” (REsp 585.770/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 313) e “Os crimes previstos nos arts. 5º e 17 da Lei 7.492/86 são delitos formais, que têm como bem jurídico tutelado o correto funcionamento e a credibilidade do Sistema Financeiro. Sua caracterização não exige a demonstração de prejuízo ao Sistema Financeiro Nacional, bem assim à administradora, aos grupos ou aos consorciados, bastando a apropriação ou o desvio de dinheiro, título, valor ou bem móvel, independentemente de futura reposição (art. 5º)” (ACR 0011956-92.1998.4.01.3500 / GO, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.602 de 06/09/2012).

Trata-se de um delito com diversos núcleos e sujeitos passivos, mas que, em todos os casos, remete à questão do controle de informação ou comunicação. Neste ponto, é possível ressaltar a lição de Tavares, segundo o qual o controle de informação nas sociedades pós-modernas implica uma mera questão de obediência de regras, sem necessariamente implicar repercussões na economia ou no patrimônio de outrem, tratando-se de função estatal⁴⁷⁶.

Não se observa, no tipo penal, referência a lesão ou colocação em perigo concreto de nenhum autêntico bem jurídico, tratando de uma presunção de que a não prestação de uma informação ou a sua prestação de forma incorreta implicará prejuízo para um sócio ou investidor, que tomaria uma ou outra decisão, ou para repartição pública, que teria o controle sobre determinada atividade. Tanto assim, que se tem decidido que o bem jurídico aqui protegido seria o correto funcionamento e a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional, o que, conforme se defende no presente trabalho, na verdade se trata de função estatal⁴⁷⁷.

Na sequência, no artigo 7º, incrimina-se a conduta de:

“Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários:

I - falsos ou falsificados;

II - sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;

III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação;

IV - sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida;

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

Mais uma vez, também aqui não é possível apontar simplesmente a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional como bem jurídico protegido, pois, a tal noção, faltam as características imprescindíveis ao reconhecimento dos bens jurídicos. Assim, somente as condutas que afetarem, ainda que com a exposição a

⁴⁷⁶ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 62-63.

⁴⁷⁷ Neste ponto, o entendimento recorrente da Justiça Federal direciona-se ao correto funcionamento e a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional: “As provas dos autos não são suficientes para comprovar a prática do delito descrito no art. 6º da Lei nº 7.492/86, visto que não demonstrado que a conduta imputada ao réu violou o bem jurídico tutelado pela norma penal em questão, que é o correto funcionamento e a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional” (ACR 0016167-13.2012.4.01.3200 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Rel.Conv. JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.255 de 08/07/2015).

perigo concreto, o patrimônio de quem adquire o título podem ser consideradas contrárias a autêntico bem jurídico. Note-se que, entre as diversas figuras típicas, é possível identificar uma distinção entre os diversos núcleos de ação do delito, haja vista que a mera emissão de título em desacordo com as formalidades legais não lesiona aquele que o adquire nem a própria credibilidade do Sistema Financeiro. Por sua vez, as condutas de oferecer e negociar colocam em flagrante perigo concreto o patrimônio daqueles que podem vir a adquirir títulos e valores que não terão validade, conforme não assumirem as exigências legais.

O delito esculpido no artigo 8º da Lei em comento, por sua vez, impõe sanção penal a quem:

*“Art. 8º Exigir, em desacordo com a legislação, juro, comissão ou qualquer tipo de remuneração sobre operação de crédito ou de seguro, administração de fundo mútuo ou fiscal ou de consórcio, serviço de corretagem ou distribuição de títulos ou valores mobiliários:
Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.*

Neste caso, verifica-se um tipo especial de delito de estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal, na medida em que se cobra vantagem ilícita, em prejuízo alheio, mediante ardil. Uma vez que a conduta incriminada limita-se a *exigir*, não implica necessariamente lesão, mas coloca-se em concreto perigo o bem tutelado, que é o patrimônio daquele que realiza operação de crédito ou outro serviço no âmbito de instituição financeira.

O artigo 9º, por sua vez, prevê:

*“Art. 9º Fraudar a fiscalização ou o investidor, inserindo ou fazendo inserir, em documento comprobatório de investimento em títulos ou valores mobiliários, declaração falsa ou diversa da que dele deveria constar:
Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”.*

Mais uma vez, nota-se uma referência à função de controle de informação, que, segundo Tavares, trata-se de uma questão afeta ao direito administrativo, não devendo ser tratada pelo direito penal⁴⁷⁸, no que diz respeito à fraude da fiscalização. Por outro lado, no caso da fraude dirigida contra o investidor é capaz de gerar perigo

⁴⁷⁸ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 62-63.

concreto ao patrimônio deste, na medida em que pode prejudicar a validade de seu título ou sua restituição. Assim, o único bem jurídico presente na espécie, novamente, é o patrimônio.

Por sua vez, no artigo 10, a conduta penalmente punida é a de

“Art. 10. Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”.

Neste caso, novamente, o tipo penal parece ocupar-se com a garantia da eficácia do exercício da função de controle de informação a que se refere Tavares, pois, independentemente das repercussões na economia ou no patrimônio de quem seja, visa-se controlar as informações referentes a arrecadação de uma instituição ou de uma empresa⁴⁷⁹. Assim entendido, trata-se de delito de mera desobediência, na medida em que a legislação exige determinadas informações em demonstrativos contábeis da instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores imobiliários. Trata-se de um delito que visa, exclusivamente, proteger a função de controle político de informações contábeis da instituição financeira. Inadmissível, portanto, sua existência, diante do princípio da ofensividade.

No artigo 11, pune-se a conduta de:

“Art. 11. Manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”.

De fato, embora os verbos em destaque sejam *manter* ou *movimentar* recurso, a conduta de fato incriminada é a não observância das exigências legais quanto à contabilidade da instituição financeira. Novamente, vê-se a questão da função estatal de controle da informação referente às movimentações e manutenções de recursos ou valores, cuja mera desobediência é capaz de incorrer em sanção penal. Trata-se, portanto, de tutela função estatal.

Na sequência, no artigo 12, incrimina-se a conduta de:

⁴⁷⁹ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 62-63.

“Art. 12. Deixar, o ex-administrador de instituição financeira, de apresentar, ao interventor, liquidante, ou síndico, nos prazos e condições estabelecidas em lei as informações, declarações ou documentos de sua responsabilidade: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

A incriminação de mera desobediência de regras referentes ao funcionamento de instituições financeiras, no caso do artigo 12, é bastante evidente. Com efeito, apenas em um exercício de grande esforço abstrato é possível depreender algum perigo para o patrimônio das instituições com o fato de o ex-administrador não apresentar, nos prazos e condições estabelecidas em lei, as informações, declarações ou documentos de sua responsabilidade.

Na verdade, em se tratando de ex-administrador, este sequer tem acesso à administração dos títulos e valores negociados pela instituição financeira, no momento do cometimento do delito, sendo que o mero retardamento na prestação de informações devidas já é suficiente para sua punição. Sendo assim, trata-se de mais um caso de tutela de função de controle⁴⁸⁰ da Lei nº 7.492/86, não se identificando, aqui, autêntico bem jurídico tutelado.

O artigo 13, por sua vez, define o delito de:

“Art. 13. Desviar (Vetado) bem alcançado pela indisponibilidade legal resultante de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição financeira.

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorra o interventor, o liquidante ou o síndico que se apropriar de bem abrangido pelo caput deste artigo, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio”.

Este delito é, embora específico para o caso de instituições financeiras, tipo penal semelhante àquele previsto no artigo 171, parágrafo 2º, inciso II, do Código Penal, que é a alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria, em que se vende, permuta ou dá em pagamento coisa própria litigiosa. Na verdade, trata-se, em ambos os casos, de uma vantagem patrimonial auferida em detrimento de outrem ou da própria justiça – que no caso implica patrimônio público, incorrendo em delito de verdadeira lesão patrimonial. No parágrafo único do referido artigo, pune-se igualmente *“o interventor, o liquidante ou o síndico que se apropriar de bem abrangido*

⁴⁸⁰ TAVARES, *Bien jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 62-63.

pele caput deste artigo, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio.” Neste caso, novamente, trata-se de delito de natureza patrimonial, em que o bem estava sob guarda do agente específico determinado pela lei.

Logo depois, o artigo 14 imputa sanção penal a quem:

“Art. 14. Apresentar, em liquidação extrajudicial, ou em falência de instituição financeira, declaração de crédito ou reclamação falsa, ou juntar a elas título falso ou simulado:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre o ex-administrador ou falido que reconhecer, como verdadeiro, crédito que não o seja”.

Tanto no *caput* quanto no parágrafo único, verifica-se uma afetação direta ao patrimônio, do credor da instituição financeira em liquidação ou falência, pois a declaração falsa de crédito implicará expectativa de crédito que não poderá ser concretizada.

O tipo penal previsto no artigo 15 prevê pena ao:

“Art. 15. Manifestar-se falsamente o interventor, o liquidante ou o síndico, à respeito de assunto relativo a intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

No caso do artigo 15, diferentemente do artigo 14, a informação não diz respeito à existência falsa de crédito, que é diretamente relacionado ao patrimônio, mas sim informação que diz respeito à intervenção, liquidação extrajudicial ou falência. Isso significa dizer que o tipo penal é demasiadamente aberto, e a informação falsa não necessariamente implicará prejuízo patrimonial para interessados nestes processos extrajudicial ou judicial. Deste modo, verifica-se, mais uma vez, a necessidade de controle de informação, por parte do Estado, tratando-se de mera tutela penal de função.

Por sua vez, o artigo 16 pune penalmente quem:

“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”.

É notável que o delito esculpido no artigo 16 visa proibir o funcionamento de instituição financeira sem a devida autorização ou cuja autorização se deu mediante declaração falsa. A autorização, por sua vez, advinda de entidade administrativa, é concedida em casos em que a instituição reúna as condições regulamentares necessárias para o funcionamento. A irregularidade, por sua vez, faz com que a instituição funcione de modo extra-oficial, causando perigo para o patrimônio daqueles que porventura façam uso da instituição financeira, de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio. Porém, há igualmente a tutela de uma função, na medida em que a autoridade administrativa que concede a autorização para funcionamento destas instituições perde o controle da informação de quais as instituições em operação. É por isso, inclusive, que as instituições financeiras e casas de câmbio que funcionam sem autorização são consideradas “clandestinas”, pois funcionam à margem da oficialidade. No caso do câmbio, por exemplo, o que ocorre é que não há, necessariamente, um prejuízo patrimonial para aquele que usufrui do serviço, desde que a moeda adquirida seja verdadeira. Contudo, há, de certo modo, uma tentativa também de coibir evasão fiscal, para os casos em que as transações oficiais estejam sujeitas a pagamento de impostos.

Na sequência, o artigo 17 prevê pena de reclusão para:

“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 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”.

Neste caso, percebe-se uma proibição da concessão de empréstimo ou adiantamento ao próprio administrador da instituição financeira ou para seus respectivos cônjuges, descendentes, ascendentes e parentes, na condição de

administrador ou demais agentes discriminados no artigo 25 da Lei⁴⁸¹. Trata-se de vedação de empréstimo nessas circunstâncias, sem que o tipo penal exija qualquer necessidade de lesão ou de perigo concreto para o patrimônio da instituição, posto que o administrador ou seu parente pode, perfeitamente, pagar pelo empréstimo nas condições estabelecidas, sem causar prejuízo patrimonial para a instituição. Na verdade, trata-se, portanto, de mais um delito de mera desobediência no bojo da Lei nº 7.492/86, pois a mera desobediência à regra da vedação de empréstimo para esse rol específico de pessoas implica na realização do tipo penal formal⁴⁸². Por sua vez, no parágrafo único, prevê-se a mesma pena a 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”*. No primeiro inciso, vê-se que, novamente, não se trata de lesão ao patrimônio da instituição, mas sim de uma movimentação financeira antes do prazo estabelecido em norma específica, extra-penal, em favor do próprio administrador ou gerente da instituição. Com efeito, há benefício patrimonial para aquele que se beneficia deste adiantamento, contudo, não se verifica, necessariamente, prejuízo para a instituição, já que a redação do tipo não implica valor indevido. Por fim, no que tange ao inciso II, a distribuição ou recebimento de lucro de forma disfarçada remete à questão, novamente, da função de controle de informação,

⁴⁸¹ Lei nº 7.492/86: Art. 25. *São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes*
§ 1º *Equiparam-se aos administradores de instituição financeira o interventor, o liquidante ou o síndico.*
§ 2º *Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.*

⁴⁸² O julgado (ACR 0011956-92.1998.4.01.3500 / GO, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.602 de 06/09/2012) dispõe que “Os crimes previstos nos arts. 5º e 17 da Lei 7.492/86 são delitos formais, que têm como bem jurídico tutelado o correto funcionamento e a credibilidade do Sistema Financeiro. Sua caracterização não exige a demonstração de prejuízo ao Sistema Financeiro Nacional, bem assim à administradora, aos grupos ou aos consorciados, bastando a apropriação ou o desvio de dinheiro, título, valor ou bem móvel, independentemente de futura reposição (art. 5º), e a tomada ou recebimento de empréstimo/adiantamento, independentemente de futura devolução (art. 17)”. Vê-se, portanto, que a jurisprudência vem considerando que, de fato, é desnecessário haver prejuízo efetivo à instituição financeira ou sequer ao próprio funcionamento do Sistema Financeiro para que se incorra no delito do art. 17 da Lei nº 7.492/86. O que se considera é que se trata de delito formal. Contudo, não há qualquer questionamento, em sede de controle de constitucionalidade, acerca da legitimidade do referido delito, que serve exclusivamente para se proibir determinados empréstimos, sem maior ligação com o efetivo prejuízo do bem em questão, qual seja, o patrimônio da instituição financeira.

tendo em vista que implica uma movimentação financeira dissimulada, à margem da oficialidade. É, portanto, mais uma expressão do controle de função originariamente administrativa pelo direito penal.

O artigo 18 da Lei nº 7.492/86 impõe pena de reclusão à conduta de:

*“Art. 18. Violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários de que tenha conhecimento, em razão de ofício:
Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.*

Neste caso, verifica-se que se dá importância ao sigilo das operações e serviços prestados pela instituição financeira, sendo que o sigilo configura uma regra de operação de caráter administrativo, sem, necessariamente, incorrer em prejuízo patrimonial para a instituição financeira em questão. É uma questão, novamente, de controle, de norma penal de mera obediência, não lesionando, de fato, a instituição ou o patrimônio administrado pela instituição.

Em seguida, o artigo 19 impõe pena a quem:

*“Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.
Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento”.*

Este delito remete ao tipo penal previsto na Alemanha, de fraude de subvenções, objeto de grande questionamento acerca do bem jurídico e da legitimidade. Isso porque o Tribunal constitucional alemão considera que o delito é de perigo abstrato para o patrimônio público, pois o falseamento de dado para obtenção do subsídio não necessariamente implica que, caso a informação fosse verdade, não seria possível obtê-lo. Penaliza-se a falta da verdade na formulação da solicitação, ou seja, a informação enganosa. Não há certeza, em nenhum caso, de que o sujeito não tenha direito à subvenção ou ao financiamento, mas apenas à falta de veracidade da declaração prestada. Esta falta de veracidade, por sua vez, não carrega consigo perigo concreto, sendo, mais uma vez, caso de controle de informação. Se, por outro lado, fosse exigido uma lesão concreta ao patrimônio, seja público, seja da instituição, sendo imprescindível que, no caso concreto, a situação não permitisse o financiamento ou a concessão do subsídio, poderia se falar em perigo concreto ou

lesão ao patrimônio. É necessário que a falta de informação a respeito dos dados omitidos tenha possibilidade concreta de colocar em perigo o bem jurídico patrimônio, não podendo ser qualquer tipo de dado, por exemplo⁴⁸³. Do contrário, de fato, parece se tratar unicamente de uma tutela de função⁴⁸⁴.

No artigo 20, prevê-se pena para quem:

*“Art. 20. Aplicar, em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato, recursos provenientes de financiamento concedido por instituição financeira oficial ou por instituição credenciada para repassá-lo:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”.*

À primeira vista, o desvio de finalidade do valor adquirido mediante financiamento de instituição financeira, parece implicar prejuízo patrimonial para aquela finalidade que seria agraciada. Mas, mais uma vez, é possível notar uma referência à questão da função de controle de informação⁴⁸⁵.

O artigo 21, por sua vez, incrimina a conduta de:

⁴⁸³ Neste sentido, vide GAEDE, Karsten. *Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo del fraude de subvenciones...* cit. p. 277-279.

⁴⁸⁴ No caso da jurisprudência brasileira, o tratamento do delito previsto no artigo 19 da Lei nº 7.492/86 remete ao suposto bem jurídico “Sistema Financeiro Nacional”, de modo genérico. Neste sentido, (ACR 0002638-39.2004.4.01.3900 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Rel.Conv. JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.1674 de 29/10/2015) “o outro descrito no art. 19 da Lei nº 7.492/86, cujo objeto é a proteção do sistema financeiro nacional”. De forma diferente, o julgado (ACR 0002704-56.1999.4.01.4300 / TO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.179 de 16/10/2012), o patrimônio é considerado como bem jurídico tutelado pelo delito previsto no referido artigo: “o objetivo do art. 19, da Lei nº 7.492/1986, bem como de toda essa lei, é a proteção do patrimônio das instituições financeiras que, em princípio, podem ser lesadas tanto pelos administradores e controladores destas, quanto eventualmente por pessoas físicas, razão pela qual não há que se falar na circunstância de o acusado, ora segundo apelante, não poder ser sujeito ativo do delito em questão”. Um terceiro entendimento, esposado no julgado (ACR 0028186-38.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL GUILHERME MENDONÇA DOEHLER (CONV.), TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.334 de 13/01/2012), tratando igualmente do delito previsto no artigo 19 da Lei nº 7.492/86, define que “Carece de relevância jurídica a alegação recursal de que o apelante iria efetuar o pagamento das parcelas do financiamento, posto que o bem jurídico tutelado é a higidez do sistema financeiro nacional”.

⁴⁸⁵ Da jurisprudência, depreende-se a posição de que se trataria de um delito que coloca em risco a disponibilidade de divisas do Brasil para arcar com compromissos de pagamento de importações: “o objeto jurídico destes delitos não é material e patrimonial, mas garantir que o Brasil tenha moeda ou divisa estrangeira para atender aos seus compromissos de pagamento de importações, de execução de contratos de câmbio e da dívida externa”. (ACR 0027449-53.2010.4.01.3900 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Rel.Conv. JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.530 de 06/07/2015)

“Art. 21. Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para realização de operação de câmbio:

Pena - Detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, para o mesmo fim, sonega informação que devia prestar ou presta informação falsa”.

No Código Penal, o delito de falsa identidade, previsto no artigo 307, já prevê à atribuição de falsa identidade para obtenção de vantagem, delito que implica perigo à fé pública e ao patrimônio de quem se visa obter vantagem, caso seja patrimonial. No caso do delito especial, previsto na Lei nº 7.492/86, por sua vez, nota-se uma tentativa de se promover o controle de informações, tutelando-se função. Isso porque, a princípio, qualquer pessoa pode ter acesso a uma operação de câmbio, desde que forneça seus dados para registro, controle e devido recolhimento de impostos. Desta forma, utilizar identidade diversa não causará, exatamente, qualquer dano patrimonial à instituição financeira, mas sim informação equivocada acerca de quem realizou a transação. Desta feita, não há que se falar em perigo ou lesão, apenas em delito de mera desobediência.

Em seguida, o famigerado delito de evasão de divisas é previsto no artigo 22 da Lei nº 7.492/86, impondo pena a quem:

“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”.

Quanto ao delito previsto no *caput* do artigo, vê-se que o objetivo é coibir a operação de câmbio clandestina, ou seja, em instituição não autorizada para tal, conhecido popularmente no Brasil como “doleiros”. Desobece-se, assim, às normas relativas ao funcionamento da instituição financeira e realiza-se a operação à margem do controle de informação ou da função de controle das operações realizadas no seio do Sistema Financeiro Nacional. Nota-se, contudo, que o fato de se realizar a operação com o fito de se promover a evasão de divisas do país, após a operação de câmbio, é o que a lei penal repreende, sendo que manter a divisa no país, por sua vez, incorreria na atipicidade formal da conduta.

Sendo assim, vê-se que o que se pretende é promover um controle sobre a saída de divisas do país, além da mera obediência de regras atinentes às operações de câmbio.

No segundo parágrafo, isso se torna mais evidente, na medida em que a proibição se dirige à promoção de saída de divisas para o exterior ou manutenção de depósitos fora do país, desde que, no primeiro caso, não haja autorização legal para tal e, no segundo, não haja devida declaração à autoridade competente. Nestes casos, nota-se a extrema importância dada à declaração, ou seja, ao controle da informação, podendo-se falar, novamente, em tutela de função⁴⁸⁶. Essa posição é sustentada por Tavares, em *Bien Jurídico y función en Derecho penal*, onde ele afirma que a questão da criminalização de transporte de dinheiro fora do país, sem declaração às autoridades competentes, não causa prejuízo ao patrimônio público, mas sim, tão somente, a função de controle de informação⁴⁸⁷. Contudo, o senso comum da doutrina e da jurisprudência nacional continuam a defender, no delito de evasão de divisas, um bem jurídico relativo às reservas cambiais do país⁴⁸⁸.

Por fim, o último delito previsto na Lei nº 7.492/86, em seu artigo 23, pune a conduta de:

“Art. 23. Omitir, retardar ou praticar, o funcionário público, contra disposição expressa de lei, ato de ofício necessário ao regular funcionamento do sistema

⁴⁸⁶ Embora o tipo penal fale expressamente de autorização legal, em razão da norma complementar, de caráter administrativo, editada pelo Banco Central, hoje não é mais necessária autorização legal, para nenhum valor que seja remetido ou mantido no exterior, bastando a declaração. (Conforme RCCI em vigor desde março de 2005, em seu título I, Capítulo 1: “As pessoas físicas e as pessoas jurídicas podem comprar e vender moeda estrangeira ou realizar transferências internacionais em reais, de qualquer natureza, sem limitação de valor, observada a legalidade da transação, tendo como base a fundamentação econômica e as responsabilidades definidas na respectiva documentação.” - Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2005/pdf/circ_3280_v2_P.pdf>.

⁴⁸⁷ TAVARES, *Bien Jurídico y función en derecho penal...* cit. p. 63-64. Tavares exemplifica com o fato de que se uma pessoa faz uma remessa de divisas para o exterior, sem declarar à autoridade competente, ela é incriminada, enquanto que outra, por sua vez, pode remeter quantidades infinitamente superiores, desde que declare, não sofrerá sanção penal. Esta é, para ele, uma forte evidência de que não se trata de proteção ao patrimônio público ou mesmo de quanto de divisa permanece no país, mas sim de delito de mera desobediência de um dever de informação.

⁴⁸⁸ Neste sentido, vide TÓRTIMA, José e Fernanda. *Evasão de Divisas - uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 46. Vide igualmente julgado do STJ: “O crime de manutenção no Exterior de depósitos não declarados (art. 22, parág. único, in fine da Lei 7.496/86) visa a tutelar a higidez do sistema financeiro e do sistema tributário, resguardando reservas monetárias do País e ensejando o controle das riquezas dos súditos nacionais pelas repartições federais competentes” (REsp 1205870/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 31/08/2011).

*financeiro nacional, bem como a preservação dos interesses e valores da ordem econômico-financeira:
Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.*

Este delito é um tipo especial de prevaricação, em que, ao invés de se visar a Administração em geral, como é o caso do delito previsto no artigo 319 do Código Penal, ocorre no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Neste caso, contudo, vê-se a colocação em perigo concreto de interesse patrimonial daquele cujo ato de ofício beneficiaria, em caso de omissão ou retardo. No caso de prática contra disposição expressa em lei, por sua vez, vê-se algum tipo de desobediência de regra de caráter administrativo, com alusão genérica aos valores da ordem econômico-financeira.

Da detida análise crítica da lei em questão, portanto, é possível notar que diversos delitos, nos termos propostos por Malan, de fato tutelam o patrimônio público ou privado investido nas instituições financeiras que compõem o Sistema Financeiro Nacional. Contudo, é possível notar, igualmente, na mesma linha, diversos delitos de mera desobediência, que se configuram como tutela de funções estatais, normas organizacionais e regulatórias próprias do direito administrativo. Para estes últimos casos, embora sejam assimilados de forma predominante pela doutrina nacional como forma de tutela do Sistema Financeiro Nacional, sua boa política econômica, higidez ou credibilidade do sistema, nota-se um verdadeiro apelo simbólico, de tutela de riscos e destinação do direito penal a fins diversos de sua função primordial de proteção do bem jurídico.

Em síntese, do exame realizado acima depreende-se que apenas os tipos dos artigos 2º, 4º, 5º, 7º, 8º, 13, 16 e 23 referem-se a autênticos bens jurídicos penais, a saber, o patrimônio e a administração pública – no caso do artigo 23. Os demais, a saber, artigos 3º, 6º, 9º, 10, 11, 12, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21 e 22 limitam-se a tutelar funções de caráter administrativo, notadamente a função do controle de informação.

Diante disso evidencia-se o caráter simbólico do mencionado diploma legal. Ao se priorizar a tutela de funções estatais, a lei em comento claramente divorcia-se da alegada função instrumental do direito penal que seria a proteção de autênticos bens jurídicos, que, sob a perspectiva da teoria pessoal, teriam a função precípua de atender interesses da pessoa humana.

Permitir que o Estado utilize-se do direito penal, o instrumento mais violento de que dispõe, para promover o mero controle de informações, no âmbito do Sistema

Financeiro Nacional, é inadmissível no Estado Democrático de Direito. E esta intervenção penal se mostra ainda mais censurável por empregar normas penais de mera obediência, sob o discurso de se proteger o Sistema Financeiro Nacional, como se fosse um bem jurídico autêntico, à disposição dos genuínos interesses da pessoa humana. O simbolismo da norma penal se mostra, assim, como uma expressão perniciosa do poder estatal, que extrapola seus limites e promove o engano.

Em segundo lugar, é necessário destacar o déficit de execução e a baixa eficiência da punibilidade dos tipos penais ora analisados, que, como demonstrado a seguir, corrobora seu caráter simbólico, até mesmo quanto aos tipos penais que se propõem a tutelar o patrimônio.

2.3 Déficits de eficiência da tutela penal do sistema financeiro nacional

Neste item, pretende-se discutir acerca da relação entre as condutas tipificadas pela lei penal em estudo e a realidade do Sistema Financeiro Nacional. Afinal, para testar o grau de simbolismo do diploma legal que se está questionando, é necessário compreender a relação entre as condutas tipificadas e o interesse a que se visa, em tese proteger. Para isso, será tomado como referência o conceito já apresentado de sociedade de riscos, no qual as referidas incriminações se inserem.

Em seguida, será igualmente abordado o ponto referente à realidade da justiça penal brasileira, em termos de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional, dispostos na Lei nº 7.492/86, em especial se considerando estatísticas referentes a processos, condenações, absolvições, arquivamentos e a relação entre tais dados e a verdadeira eficiência da lei em questão.

Inicialmente, cumpre destacar que o Sistema Financeiro Nacional, conforme definição anteriormente exposta, é um conjunto de instituições financeiras ou não, voltadas para a gestão da política monetária nacional. Segundo define o próprio Banco Central, o Sistema é dividido em três subgrupos: órgãos normativos, entidades supervisoras e operadores. Como tal, consiste em um Conselho Monetário Nacional, no próprio Banco Central, Agências de fomento, associações de poupança e empréstimo, bancos de desenvolvimento, investimento, entre outros, todos dirigidos ao fim constitucional preconizado pelo artigo 192 da Lei Fundamental, qual seja, a

promoção do desenvolvimento equilibrado do país e o serviço aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem.

Fica evidente que todas essas instituições são ligadas ao poder Executivo e à iniciativa privada, mas que não são fins em si mesma, e sim são utilizadas como instrumento para o fim de se promover o desenvolvimento do país e o interesse coletivo. O Sistema Financeiro serve, então, à Ordem Econômica e Financeira do país, conforme definido na Lei Fundamental – Título VII – Da ordem econômica e financeira, especificamente no capítulo IV – Do sistema financeiro nacional.

Para compreender o simbolismo da tutela penal do Sistema Financeiro Nacional por meio da lei nº 7.492/86, que, conforme ressaltado nos pontos anteriores, implica interesses distintos da ideia de bem jurídico orientada à pessoa humana, é necessário perceber, inicialmente, o discurso que acompanha sua criação legislativa.

Da exposição de motivos do projeto de lei nº 273/1983, constante no Diário do Congresso Nacional de 25 de março de 1983, ensejador da lei penal em estudo, depreende-se que ela se apresenta como definidora de crimes contra o Sistema Financeiro, sendo popularmente conhecida como lei do colarinho branco. As justificativas sugerem uma tentativa do legislador de corresponder às expectativas das autoridades e do povo, cujo anseio seria de coibir os escândalos financeiros ocorridos, especialmente, após o ano de 1964.⁴⁸⁹ Fala-se, expressamente, em “*desviar os olhos dos ladrões de galinha e focar nos colarinhos brancos*”, linguagem com carga altamente emotiva, com impacto político direto sobre a opinião pública e de diversas classes socioeconômicas da população.

Nos motivos da lei, afirma-se ainda que “*(...) a proposição segue a linha tradicional do Direito Penal vigente entre nós, não ensejando observações adicionais*”⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 25 de março de 1983, p. 1.018-1.019. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25MAR1983.pdf>>. Para MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 53, a exposição de motivos da Lei nº 7.492/86 remete ao caso Tieppo, que se tratou de um grande escândalo financeiro, pouco anterior à edição da referida lei, em que houve uma fraude financeira de grandes proporções no mercado paralelo de câmbio, causando grande prejuízo para os investidores da época. Para o autor, assim, o objetivo latente da lei seria a proteção do patrimônio dessas pessoas, embora o objetivo manifesto tenha sido o de bom funcionamento do sistema financeiro nacional.

⁴⁹⁰ Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 25 de março de 1983, p. 1019. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25MAR1983.pdf>>.

Deste modo, é possível depreender-se que o legislador faz uma intensa propaganda da lei em questão, afirmando que ela visa punir uma nova classe de delinquentes, até então esquecidos pelo poder punitivo, e, ao mesmo tempo, promover uma verdadeira tutela do Sistema Financeiro Nacional, caro a toda coletividade.

É possível, ainda, mencionar o preâmbulo da lei em estudo, que trata, expressamente da “boa execução da política do governo”, o que se destina, mais uma vez, à questão da regulação de decisões de caráter relativo e temporário, distintos da ideia de bem jurídico⁴⁹¹.

Contudo, inicialmente, para compreender o sistema financeiro nacional, bem como a ordem econômica, e sua dinâmica, é necessário fazer uma análise contextual de toda a realidade histórica, social e econômica que as circundam. Para isso, o sociólogo alemão Ulrich Beck, que curiosamente publicou a famigerada obra “*Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade*” exatamente no ano de 1986, aquele em que era promulgada a lei objeto deste estudo, nº 7.492, é uma referência interdisciplinar enriquecedora – em especial por se tratar de obra referência para importantes pensadores do Direito Penal moderno.

Tal relação é relevante, ainda, do ponto de vista da compreensão do fenômeno a que visa controlar o Direito Penal, que é exatamente um seguimento da realidade socioeconômica, sujeito não apenas às condutas delituosas que se incrimina por meio da lei, mas também a diversas outras condutas e decisões humanas que lhe moldam e definem sua realidade. Compreender o objeto no qual se busca intervir é, afinal, essencial para a compreensão dos limites de eficiência e, conseqüentemente, de simbolismo desta intervenção. Afinal, o simbólico contrapõe-se ao empírico, tratando-se, como visto anteriormente, de uma forma de manifestação legislativa que não contempla os fins a que a lei penal se destina, em especial a proteção de bens jurídicos.

⁴⁹¹ Neste sentido, vide MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 46. Para Malan, o preâmbulo da lei nº 7.492/86 é uma expressão da nefasta tendência administrativizadora do direito penal, pois lhe coloca na situação de instrumento de regulação das atividades exercidas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional e dos riscos sistêmicos a ele inerentes, conforme as momentâneas diretrizes político-econômicas, em especial monetária, fiscal e cambial, traçadas pela autoridade governamental.

Ulrich Beck inclui a realidade socioeconômica em um contexto que ele considera como “*Sociedade de risco*”. Não apenas a realidade socioeconômica, mas também a ambiental e a de todos os demais riscos que configuram a contemporaneidade moderna, a qual ele chama de pós-industrial. Beck faz uma profunda análise sobre diversas mudanças científicas, tecnológicas, sociais e políticas que moldaram e moldam a realidade do final do século XX e a transição para o século XXI, que implica grandes reflexões críticas. Das diversas abordagens por ele trazidas à tona, destacam-se a relação entre o poder político e a ciência, entre as decisões políticas e a economia, o papel dos diversos atores do poder político e econômico e o papel da própria ciência, cada vez mais relativizada.

Em recente entrevista concedida por Ulrich Beck ao professor brasileiro André Bueno, da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo⁴⁹², no ano de 2010, Beck afirmou que, diante da constatação da moderna sociedade do risco, são possíveis três diferentes reações: negação, apatia ou transformação. Segundo ele, sua posição se situa no terceiro grupo, pois ele considera que ela se trata de uma oportunidade de mudanças e revoluções de significados e de instituições, e que tudo depende de como vamos lidar com ela.

Beck afirma que o Estado-nação é incapaz de conter ou de controlar os riscos modernos sozinho⁴⁹³, e que, na verdade, diversos destes riscos sequer são sujeitos a verdadeiro controle. O conceito de sociedade mundial de risco é importante, segundo o autor, para que se compreenda as dinâmicas e transformações sociais e políticas do início do século XXI, sendo que o conceito de sociedade de risco remete à acumulação de riscos ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais, dentre outros, que têm presença expressiva e inegável no nosso mundo. O futuro é, assim, irrevogavelmente indeterminado e a modernidade demanda específica racionalização.

Contudo, Beck identifica um aspecto simbólico dos riscos, pois, para ele, tornam-se mais uma encenação do futuro no presente, de catástrofes ou crises em

⁴⁹² BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: 34, 2011. P. 361-376.

⁴⁹³ Ao que seria possível acrescentar: seja pela política, pelo direito ou, muito menos, pelo direito penal. Há uma incapacidade generalizada de lidar com os riscos, que encontra solução aparente na criminalização de condutas – uso do direito penal. O que, cada vez mais, se mostra falacioso e, portanto, simbólico.

princípio desconhecidas, que contam com técnicas de visualização e principalmente meios de comunicação em massa para gerar uma repercussão na percepção da população⁴⁹⁴.

Ademais, para o autor, os riscos, seja de mudança climática, seja de crise financeira, podem se tornar uma oportunidade de surgimento de força política, capaz de transformar o mundo – para pior ou para melhor. Elas criam uma situação que gera inúmeras reações, que muitas vezes são questionáveis⁴⁹⁵.

Ameaça, risco e incerteza podem ser diferenciados, mas, para Beck, na maior parte das vezes, acabam se confundindo. Beck destaca três aspectos que, segundo ele, caracterizam a percepção das sociedades modernas e seus fundamentos, que por sua vez foram abalados por catástrofes globais, como crise financeira, terrorismo e mudança climática, sendo elas⁴⁹⁶: 1) a deslocalização dos riscos – cada vez mais globais, não se resumindo a um local geográfico específico; 2) a incalculabilidade, haja vista que as consequências são, em geral, incalculáveis, e os riscos são hipotéticos ou virtuais, baseados em incógnitas cientificamente induzidas e dissensos normativos; 3) não-compensabilidade, pois quer-se tornar os perigos de decisão e as consequências cada vez mais controláveis, de modo que haveria uma compensabilidade dos acidentes. O que ocorre, contudo, é que com o avanço da modernidade, a compensação entrou em colapso e foi substituída pela “precaução pela prevenção” – seria melhor se precaver do que, eventualmente, compensar.

Beck afirma, enfim, que a tomada de consciência dos riscos globais cria espaço para futuros ou modernidades alternativas, inclusive o da criação de uma cultura civil de responsabilidade. Com a percepção pública do risco, as pessoas que gostariam de se recolher à sua individualidade são forçadas a se comunicar. Mas, para ele, o poder, a dominação e as crescentes desigualdades sociais, em uma sociedade mundial de risco, têm cada vez maior importância⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 362.

⁴⁹⁵ Crises financeiras abrem espaço para diversas mudanças no cenário político, que podem ser oportunismo político, podem ser criação de partidos de veias mais sociais, ressurgimento de forças conservadoras, e até mesmo ressurgimento de movimentos fascistas – o nacional-socialismo, por exemplo, fortaleceu-se em um momento de crise econômica. A situação de crise pode ser argumento para diversos movimentos, não necessariamente bons, do ponto de vista racional ou democrático.

⁴⁹⁶ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 363.

⁴⁹⁷ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 365.

Segundo Beck, há um “poder de risco”, cuja estrutura é fundada na lógica do risco. Isso significa que as decisões, que são tomadas conforme os riscos, produzem uma assimetria entre aqueles que decidem, definem e tiram proveito dos riscos, e aqueles que serão alvos dos referidos riscos, sofrendo diretamente com os efeitos colaterais das decisões alheias, sem fazer parte do processo decisório. Assim, há uma relação entre risco e poder, assim como entre risco e desigualdade, nesta cisão. No fim das contas, aqueles que são excluídos dos benefícios do risco são, igualmente, os que sofrem as consequências negativas do risco⁴⁹⁸.

Dessa forma, Beck afirma que é necessário proceder a uma análise conceitual transnacional, que transcenda as fronteiras, para poder compreender as desigualdades que surgem em um mundo interconectado de mudanças climáticas e crises financeiras. Neste contexto, o conceito de vulnerabilidade social é indispensável para se compreender os riscos sociais e políticos de toda essa modernidade. Do ponto de vista da prova do risco, Beck questiona: em um mundo no qual o conhecimento e a falta de conhecimento acerca dos riscos são fundidos, de forma inafastável, o que vale como prova onde todo o conhecimento é contestável e probabilístico⁴⁹⁹.

É necessário concordar com Beck de que é evidente que não temos a capacidade de controlar todos os riscos da modernidade, havendo um fundado receio de que o delicado sistema funcional da sociedade mundial de risco entre em colapso. E isso tudo é reforçado pelo fato de que as alianças que são estabelecidas no seio dos Estados neoliberais fazem com que os Estados se instrumentalizam para fins de otimizar e legitimar os interesses do capital em todo o mundo. Sendo assim, dificulta-se a forma de lidar, de forma bem-sucedida, com os riscos globais, nas atuais condições de múltiplas modernidades chocando-se entre si, com modelos normativos peculiares, interesses e faces do poder político. A entrevista menciona confirma, assim, boa parte das análises feitas pelo autor, vinte e quatro anos antes, por ocasião da publicação de seu famoso estudo.

Ulrich Beck inaugura sua obra *Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade* chamando atenção para aquela que ele considera ser a “palavra-chave”

⁴⁹⁸ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 366.

⁴⁹⁹ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 368. O que dizer, então, no caso do Sistema Financeiro Nacional, tão carente de comprovações empíricas?

da nossa época: pós⁵⁰⁰. Para ele, essa é a chave para toda desorientação que se deixa levar pela moda, mas a verdade é que aponta para um além que ainda não se é capaz de nomear. Está-se, afinal, anunciando um futuro no presente, tendo em vista que somos testemunhas oculares, sujeitos e objetos, de uma ruptura no interior da modernidade, que se diferencia da sociedade industrial clássica, assumindo a forma daquilo que Beck chama de “sociedade de risco”.

Beck considera que diferentemente da sociedade industrial, na qual a lógica da produção de riqueza dominava a lógica de produção de riscos, com a sociedade de riscos a lógica se inverte, colocando no centro das preocupações os riscos e feitos da modernização. Estes riscos se manifestam sob a forma de ameaças à vida das plantas, animais e seres humanos⁵⁰¹, seja do ponto de vista ecológico, seja do ponto de vista econômico. Ocorre que, com as forças produtivas potencializadas, a democracia ganha menor enfoque, e as decisões da sociedade e da política refletem mais o interesse da ciência, da tecnologia e da economia do que da própria população – o Estado se torna, assim, refém do neoliberalismo.

Beck disserta, em seguida, sobre a lógica da distribuição de riqueza e da distribuição de riscos⁵⁰². Com efeito, na modernidade⁵⁰³, a produção de riqueza social não é igualmente distribuída, no contexto capitalista, sendo que a riqueza convive com a escassez, e a distribuição dos riscos, igualmente, é desigual. O risco, contudo, não é uma invenção moderna, segundo o autor. Para ele, até mesmo a navegação de Colombo em busca de novas terras incluiu a assunção de riscos. Contudo, o risco de antes, como no caso de Colombo, tinha caráter pessoal, enquanto os riscos de hoje têm natureza de ameaça global, como é o caso da fissão nuclear e da globalização das economias.

Para Beck, o que difere os riscos atuais dos de outrora são principalmente dois aspectos: a globalidade de seu alcance (coletividade, supraindividualidade) e suas causas modernas – a própria modernização. Segundo afirma o autor, há riscos para

⁵⁰⁰ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 11.

⁵⁰¹ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 15.

⁵⁰² BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 22.

⁵⁰³ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 23. Cf. Beck, “Modernização significa o salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho e da organização, englobando, para além disto, muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas”.

a natureza, para a saúde, para a economia, e sua argumentação passa por cinco teses primordiais: 1) riscos são diferentes de riquezas, pois desencadeiam danos definidos de modo sistemático, que podem ser irreversíveis e até invisíveis, baseando-se em interpretações causais. A definição dos riscos está sujeita ao conhecimento, científico ou anticientífico, estando aberta a processos sociais de definição (podendo ser aumentados, alterados ou diminuídos). Do ponto de vista sociopolítico, os instrumentos e posições da definição de risco são posições-chave⁵⁰⁴; 2) em decorrência da distribuição e do incremento do risco, surgem situações de ameaça, que acaba atingindo não apenas os mais vulneráveis, mas também aqueles que os criam – efeito bulmerangue. Além disso, criam-se mais desníveis internacionais e se tenta escapar da estrutura de competência dos Estados nacionais; 3) com a expansão e a mercantilização dos riscos, não há um rompimento com a lógica capitalista de desenvolvimento, mas sim sua elevação a um novo estágio. Desta forma, os riscos se tornam uma oportunidade de negócios lucrativos; 4) enquanto as riquezas são objeto de posse, os riscos são causa de afetação nas vidas humanas. A classe social não define o potencial político na sociedade de risco, e sim o conhecimento sociológico e político sobre os riscos; 5) na sociedade de riscos, o que era apolítico torna-se político, havendo um esforço de combate às causas do próprio processo de industrialização. Até mesmo as grandes catástrofes e crises revelam um espaço de potencial político, de modo que a prevenção e manejo de risco oportunizam reorganização de poder e de responsabilidade⁵⁰⁵.

No tocante à medição dos riscos e sua distribuição, Beck defende que há uma distorção no pensamento científico, podendo as estatísticas e dados ser manipulados, conforme o interesse daquele a quem serve a pesquisa científica⁵⁰⁶. E isso decorre também do que Beck considera ser um *déficit* do pensamento social, de modo que nem os sociólogos sabem, com precisão, de que modo os riscos modernos impactam na vida da sociedade. Alguns riscos são reconhecidos socialmente, mas outros não, e além disso, a própria percepção é relativa, não estando ligada, necessariamente, a medições concretas de risco e suas consequências.

⁵⁰⁴ Naturalmente, o mesmo se aplica com relação a questões afetas ao direito, que depende de uma definição prévia dos riscos para oferecer qualquer tipo de tutela.

⁵⁰⁵ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 27-28.

⁵⁰⁶ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 30.

Não há, assim, em geral, um modelo científico de causa e efeito, com ameaças e fenômenos verdadeiramente nocivos, e sua ligação com a dimensão social⁵⁰⁷:

“Suposições causais, no entanto, por definição escapam - como desde Hume já sabemos - à percepção. Elas são teoria. Sempre têm de ser conceitualmente adicionadas, presumidas como verdadeiras, acreditadas. Também nesse sentido os riscos são invisíveis. A causalidade suposta segue sendo algo mais ou menos incerto e provisório. Trata-se, nesse sentido, também no que diz respeito à consciência cotidiana do risco, de uma consciência teórica e portanto cientifizada”⁵⁰⁸.

A incalculabilidade e imprevisibilidade dos riscos desemboca, assim, na ausência de relação precisa de responsabilidade social e jurídica por diversas condutas. Assim, para o sociólogo alemão, nas definições de risco, há uma quebra do monopólio das ciências, pois as pretensões, interesses e pontos de vista concorrentes e conflitivos dos diversos e poderosos atores da modernização acabam afetando o que se considera como risco, o que se considera causa e efeito, e o que se considera como sujeito prejudicado.

Há, portanto, um teor verdadeiramente político das definições de risco, que apesar do suporte científico, usam a ciência apenas a seu serviço – ainda que com fundamentos aparentemente racionais. Essa constatação não se difere dos prognósticos críticos da criação da lei penal no mundo contemporâneo, que reforçam a influência do poder político mais do que da própria racionalização do poder punitivo.

A essência do trabalho do cientista moderno, para Beck, depende de expectativas e valorações sociais, que na verdade lhe são prescritas. Os parâmetros de segurança e de risco, igualmente, servem a interesses políticos e econômicos.

Mas, para Beck, é perceptível que há uma ambiguidade neste processo: há uma pretensão de racionalidade das ciências de determinação objetiva dos teores de risco, mas, na verdade, os riscos baseiam-se em um *“castelo de cartas de conjecturas especulativas e move-se unicamente no quadro de asserções de probabilidade, cujos prognósticos de segurança não podem, a bem da verdade, ser refutados sequer por acidentes reais”⁵⁰⁹.*

⁵⁰⁷ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 32-33.

⁵⁰⁸ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 33.

⁵⁰⁹ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 35.

Não é possível, segundo o autor, falar em risco sem uma referência axiológica social, de modo que a própria certeza técnica-matemática está sujeita a grandes questionamentos. A lógica experimental da ciência cede espaço para a econômica, a política, a ética – ou, segundo o autor, todas elas passam a conviver em um “*concubinato não declarado*”⁵¹⁰.

Para Beck, a racionalidade científica e a racionalidade social distanciam-se uma da outra, ou melhor, “*Racionalidade científica sem racionalidade social fica vazia, racionalidade social sem racionalidade científica, cega*”⁵¹¹. Diante disso, o ponto problemático é que a ciência pode ser usada a serviço do interessado, de modo que até a definição de risco está sujeita a parcialidades, com este fim, principalmente quando leva em consideração seu uso a serviço do lucro ou do poder.

No caso específico da ciência aplicada ao direito penal, o que se nota é que é possível ao poder legislativo recorrer às ciências econômicas para demonstrar um interesse em se criminalizar condutas que coloquem em suposto risco ou perigo abstrato condutas em desfavor da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional. Contudo, a escolha dessas condutas parece demasiadamente arbitrária, na medida em que a própria definição dos riscos exige uma escolha e um uso de teorias conforme conveniência do poder político.

O sociólogo Ulrich Beck prossegue a análise tratando acerca da ideia de sistema, que inclui correntes causais e circuitos daninhos. Para ele, o efeito social das definições de risco e seus parâmetros não depende da sua solidez científica, não havendo verdadeiro consenso sobre a maioria dos temas complexos envolvendo riscos. Haveria, na verdade, uma interdependência sistêmica daqueles atores da modernidade, seja na economia, na agricultura, no direito ou na política, de modo que há uma ausência de causas específicas e responsabilidades isoláveis⁵¹².

Ou seja, é como se houvesse uma cumplicidade geral, mas, ao mesmo tempo, uma irresponsabilidade generalizada. Para Beck, “*As causas esfarelam-se numa*

⁵¹⁰ A isso, pode ser somada a influência do poder econômico e político, que principalmente no que toca à atuação do poder legislativo, exercem grande pressão e repercutem diretamente nas decisões políticas. Há, enfim, mais exercício da força do que da razão.

⁵¹¹ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 36.

⁵¹² BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 38.

vicissitude generalizada de atores e condições, reações e contrarreações”, o que traz uma evidência social à ideia de sistema⁵¹³.

Essa compreensão, da qual partilhamos, é fundamental para a ideia de simbolismo no âmbito do direito penal moderno. Afinal, trata-se de uma busca pela prevenção de grandes desastres, crises e instabilidades, baseado, tão somente, em especulações de natureza causal. Atribuir-se a responsabilidade da instabilidade do sistema financeiro nacional em razão de uma conduta isolada de mera desobediência de uma norma específica que regulamenta a cessão de empréstimo, por exemplo, beira o absurdo.

Beck ressalta que, desta forma, é como se houvesse uma dimensão real e outra irreal do risco. A primeira seria fruto das evidências de dano já hoje em dia, e a segunda é fruto do argumento de que o risco na verdade é uma ameaça presumida sobre o futuro. A atuação de prevenção do risco, por sua vez, se verifica no presente, a fim de evitar, no futuro, algum dano. E é por isso que o cálculo do teor da ameaça é necessário: para se saber a medida e a forma da intervenção no presente – sendo que, se a ameaça for demasiadamente incerta, não há que se falar em intervenção.

Há que se notar, ainda, que os riscos são distribuídos de forma desigual nas classes sociais diferentes, o que se verifica não somente com relação aos riscos financeiros, mas também com relação aos riscos ambientais, haja vista que quem detém mais recursos, em geral, possui também alternativas aos danos causados⁵¹⁴.

No caso dos ricos criadores de riscos, para Beck, há um efeito chamado *boomerange*⁵¹⁵, segundo o qual os detentores de grande poder econômico acabam colhendo malefícios para si também. E há, neste ponto, uma questão extra, que é a da *oportunidade de mercado*, na qual os riscos abrem espaço para a exploração de situações arriscadas, que geram lucro a quem consegue aproveitar as circunstâncias – problemáticas para um, interessante para outros.

Não apenas o meio de se criar ou forjar o conhecimento merece especial atenção (no caso, a ciência e a pesquisa), mas também os meios de disseminá-los (especialmente os meios de comunicação de massa). Deste modo, a sociedade do risco é também a sociedade da ciência, da mídia e da informação. Há disputas

⁵¹³ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 39.

⁵¹⁴ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 42.

⁵¹⁵ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 44.

“definitórias” não apenas acerca da extensão, mas também do grau e da urgência dos riscos⁵¹⁶.

Com efeito, é inegável que a mídia vem exercendo influência significativa sobre todo o sistema punitivo, desde a criação legislativa, por meio de grupos de pressão, até a aplicação da lei, em processos penais que ganham grande repercussão nos jornais e outros meios de comunicação de massa. A espetacularização do direito penal⁵¹⁷ implica não somente um uso eleitoral das criações legislativas, mas também uma pressão irracional pela incriminação, muitas vezes completamente dissociadas de qualquer base teórica de causação de danos. Ou seja, trata-se de raciocínio muitas vezes simbólico, que não é capaz de resolver os verdadeiros problemas sociais, mas que conta com a aprovação popular.

Diante de toda essa indefinição e daquilo que Beck chama de *canibalização mercantilizante dos riscos*, há o favorecimento de uma dúvida generalizada sobre o que é problema e o que é solução, sobre quem lucra com o quê e quando é que as autorias são estabelecidas ou, na verdade, ocultadas, em razão de especulações ou manipulações causais. Ou, então, “*se todo o discurso em torno do risco não é expressão de uma dramaturgia política deslocada, que pretende algo inteiramente distinto*”⁵¹⁸.

Enquanto na sociedade de classes, concebida por Marx, a busca da sociedade era por igualdade, na sociedade de risco atual a luta é por segurança – mas em ambas o vácuo político faz com que as decisões sociais relevantes recaiam na mão dos poderosos⁵¹⁹. Uma vez que, diferentemente da sociedade de classes, que agia motivada pela fome, a sociedade de riscos é movida pelo medo, surge grande espaço para o irracionalismo, o extremismo e o fanatismo. Com efeito, para Beck, o medo é

⁵¹⁶ A mídia pode dar mais atenção à crise econômica ou a crise ambiental, em determinados casos, bem como pode simplesmente omitir questões referentes à distribuição de renda e da terra, por exemplo. A seleção dos interesses repercute, inegavelmente, na percepção e na formação da opinião popular.

⁵¹⁷ Neste sentido, vide BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico...* cit. p. 10. Vide igualmente BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 62: “O direito ajusta suas velas – de modo algum voluntariamente, e sim com o vigoroso apoio das ruas e da política – na direção em que sopra o vento (...).”

⁵¹⁸ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 56.

⁵¹⁹ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 59.

uma base demasiadamente movediça para a formação de movimentos e decisões políticas⁵²⁰.

O reconhecimento da sociedade de risco, para o presente estudo, também carece de especial atenção, pois embora haja um discurso forte de “demonização” da insegurança causada por eles, há também um fator econômico de primeira ordem, que significa que os sistemas industrial e empresarial tiram verdadeiros proveitos dos inconvenientes gerados pelos riscos. O exemplo mencionado por Beck é que um risco ambiental à saúde oportuniza a venda de certas vacinas⁵²¹, e é inegável, igualmente, que as instabilidades econômicas geradas na crise financeira geram ainda mais lucro aos bancos, pois os cidadãos dependem mais de crédito, fazendo com que a crise seja benéfica e este setor. Diante disso, para o sociólogo alemão, os riscos da modernidade são autofabricáveis e manipuláveis.

E, da mesma forma, o combate e a superação dos riscos também sofrem grande influência dessas manipulações, movidas por interesses, muitas vezes tratando de mitigar “sintomas dos riscos”, mas não promovendo nenhuma ação verdadeiramente preventiva – o que tem caráter simbólico, para Beck:

“Mas o que conta decisivamente em favor disso é uma sintomática e simbólica ‘superação do risco’. Os riscos precisam aumentar com sua superação. Na verdade não devem ser superados em suas causas, em suas fontes. Tudo deve acontecer no âmbito da cosmética do risco (...) Ou seja, nada preventivo, mas apenas uma indústria e uma política simbólicas de superação da multiplicação dos riscos”⁵²².

Essa ponderação é de fundamental importância para a compreensão do uso do direito penal para a tutela de riscos. Trata-se de um ramo do direito repressivo, mas que age *a posteriori*, incapaz, verdadeiramente, de promover um combate às verdadeiras fontes de riscos financeiros para a estabilidade do Sistema Financeiro Nacional.

⁵²⁰ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 60. Com efeito, o medo é também terreno fértil para atitudes autoritárias na política e no direito.

⁵²¹ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 61.

⁵²² BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 68. No cerne dessas questões, pode ser sustentado que o Sistema Financeiro Nacional sempre será um foco de riscos, justamente porque ele foi criado no âmbito do capitalismo, que existe apenas em um contexto de riscos. O combate aos riscos em geral é simbólico e cosmético, não havendo verdadeira prevenção e supressão das verdadeiras causas dos riscos.

Ainda no que toca o reconhecimento dos riscos, Beck faz uma análise interessante sobre o papel dos cientistas e dos leigos, neste processo de estipulação e percepção dos riscos⁵²³. Os cientistas, que normalmente são técnicos, estipulam, enquanto os leigos apenas percebem os riscos. Contudo, o cientista pode impor sua visão sem maiores críticas ou possibilidades de contestação, à sociedade, a partir do momento em que preenche a pesquisa com detalhes técnicos, ainda que com premissas falsas.

Ademais, além da informação científica, é necessário averiguar se de fato um risco é tolerável ou não pela sociedade – independente dos parâmetros científicos. A crítica social encontra lugar nesta brecha – dando azo à crítica e ao ceticismo em relação à ciência, à tecnologia e à modernidade, diante dos riscos e ameaças intoleráveis pela sociedade. Para Beck, enfim, a ciência pode se tornar a “madrinha legitimatória” de poluições, contaminações e outros riscos da modernidade⁵²⁴.

Com relação à causalção, Beck chama atenção para o fato de que os riscos da modernização possuem tal estrutura que não podem ser simplesmente analisados sob o princípio da causalção – ou causa e efeito, pois, em geral, não existe causador direto, e sim uma multiplicidade de causas. A prova causal estrita, normalmente pretendida pelas ciências naturais, maximiza a refutação e minimiza o reconhecimento das causas paralelas das enfermidades civilizacionais⁵²⁵. A pura ciência seria, assim, ingênua, pois as provas causais nesses casos são praticamente sempre insuficientes – convertendo a “racionalidade” em verdadeira “irracionalidade”⁵²⁶.

Neste ponto, mais uma vez, é possível notar a identidade do estudo de Beck com a questão da tutela penal do Sistema Financeiro Nacional. Como a prova causal resta praticamente inviabilizada, diante da multiplicidade de causas que colaboram para a afetação da boa gestão do sistema financeiro, de sua estabilidade ou sua higidez, mostra-se fortemente simbólica a ideia de que, por meio da repressão de

⁵²³ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 69-70.

⁵²⁴ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 71-75.

⁵²⁵ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 76.

⁵²⁶ Sobre essa relação causal rígida, pugnada pelas ciências naturais, Beck menciona o caso do Japão, que admite uma relação causal se relações estatísticas forem comprovadas. Do ponto de vista administrativo, compreende-se que seja possível essa via, mas do ponto de vista penal, o princípio da culpabilidade vê-se flagrantemente violado. Vide BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 76.

condutas cuja causalidade sequer pode ser efetivamente demonstrada, empiricamente, seja possível promover a prevenção.

Até mesmo os limites de tolerância ou estipulação de parâmetros para os riscos são, muitas vezes, impostos pelos cientistas, mas podem ser fruto de uma escolha discricionária, sem verdadeiro vínculo com os interesses sociais – mas fortemente vinculados com os interesses econômicos e políticos daqueles que, em geral, são considerados como geradores de riscos⁵²⁷.

Nesta seara, é importante lembrar, no caso do presente estudo, que os parâmetros das normas penais em branco, próprias da lei em estudo, são objeto de seleção do poder executivo, especificamente do Banco Central. Essa escolha, passageira, pode implicar, portanto, certa discricionariedade, estando desvinculada com os reais interesses sociais. O discurso no direito penal, mais uma vez, distancia-se de sua efetiva verificação empírica.

Para Beck, “*Aquilo de que não fala é o que mais nos ameaça*”⁵²⁸, de modo que várias condutas que não são rechaçadas pela ciência ou pela mídia, por questão de seleção política, podem ser muito mais prejudiciais ao interesse público, o que está na base de uma duvidosa e perigosa falácia tecnocrática⁵²⁹. Tudo isso, para o sociólogo crítico alemão, implica a conclusão de que vivemos em uma era especulativa, onde a ciência é duvidosa, mas em que não se há grande alternativa para ela.

Os riscos são parte de uma realidade presumida, mas escondem também uma face oculta – o que é ilustrado pelo autor pela alegoria da caverna de Platão⁵³⁰. Assim, a realidade visível, exposta pelos cientistas e pela mídia, não é necessariamente a realidade real – visibiliza-se invisibiliza-se o que se quer. A relatividade dos riscos, que não são dados concretos, faz com que haja desvios interpretativos das incertezas,

⁵²⁷ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 77-78. Interessante mencionar, neste caso, que do ponto de vista das normas penais em branco e das permissões de remessa de um limite específico de valores para o exterior. Ora, como há a determinação do que é inofensivo e o que é prejudicial ao Sistema Financeiro? Há um cálculo preciso contendo todas as variáveis ou é uma decisão arbitrária? Qual o nível de racionalidade disso? O mesmo poderia ser dito com relação aos limites permitidos de emissão de poluentes, por exemplo, com relação ao meio ambiente.

⁵²⁸ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 79.

⁵²⁹ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 80.

⁵³⁰ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 89.

temores provocados, interpretações e desinterpretações, dependendo do momento social, político e econômico⁵³¹.

Nesse contexto, é comum verificar uma tendência à sociedade de encontrar bodes expiatórios, que respondem por uma inquietação generalizada, sem necessariamente serem causadores de grandes riscos. E os riscos da modernização, relacionados a perigos crescentes de colapso de mercados, desvalorização do capital, novas responsabilidades, acabam configurando uma “dinamite política”⁵³². O instrumentário da política, o controle do mercado pela política econômica, a redistribuição de renda, as garantias sociais estão todos em jogo – e até aquilo que parece ser apolítico torna-se político⁵³³.

Após uma longa explanação acerca das mudanças havidas no seio da sociedade moderna – dentre superação do modelo tradicional de família, divisão de gêneros, distribuição da educação -, Ulrich Beck volta à questão da falibilidade tecnológico-científica, com base na perspectiva da crítica à ciência burguesa, de Marx⁵³⁴. Para ele, o empreendimento cognitivo científico está sempre em xeque, principalmente quando há interesses econômicos ou políticos no processo⁵³⁵. A ciência é, assim, humana, sujeita a falhas, enganos e manipulações, bem como de orientações políticas ou relacionadas a poder⁵³⁶.

O local de controle do conhecimento científico, assim, migra da metodologia científica para a política, eivada de arbitrariedades, convenções e interesses⁵³⁷. Para Beck, no que concerne a complexidade do estudo científico referente aos riscos da modernidade, surge um particularismo maléfico à ciência: “*grupos e grupelhos de*

⁵³¹ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 92.

⁵³² BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 95.

⁵³³ De certo modo, os momentos de crise acabam modificando a sociedade, abrindo brecha para intervenções políticas de exceção, como criações legislativas esdrúxulas, redução de direitos trabalhistas etc. Tudo isso sob o argumento de “necessidade excepcional, diante da crise econômica”. Tais problemas e riscos, contudo, têm-se mostrado mais sistêmicos do que temporários – ou decorrentes de somente uma conduta/causação.

⁵³⁴ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 248.

⁵³⁵ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 248.

⁵³⁶ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 251. Beck menciona, ainda, o exemplo de Galilei, que por 34 anos sofreu perseguição em razão da ideia científica que defendia. Esse é, então, uma das situações de como a ciência não necessariamente está associada à verdade, mas sim ao poder, que no caso era o da igreja.

⁵³⁷ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 152.

*cientistas, que mutuamente se isolam e se reagrupam em torno de primados de utilidade*⁵³⁸ - uma conformação da ciência com aquilo que ela visa servir.

A imprevisibilidade dos riscos no contexto do avanço científico-tecnológico implica uma formação de consciência pública e uma pressão sobre instâncias políticas, que acabam promovendo uma pressão sobre instâncias políticas e econômicas, a fim de que essas intervenham, segundo Beck. Nesse âmbito, o autor diz que:

*“Análises causais em zonas de risco são - quer queiram saber disto os pesquisadores ou não - bisturis político-científicos para intervenções operatórias em zonas de produção industrial. Sobre a mesa operatória da pesquisa de risco estão as bagatelas das corporações industriais e dos interesses políticos com sua acumulada má vontade operativa. Isto quer dizer, entretanto: o emprego da análise causal se torna ela mesma arriscada, e isto para todos cujos interesses estejam em jogo no caso (...)*⁵³⁹.

Isso tudo coloca, enfim, a ciência sob o questionamento de sua neutralidade e sua autonomia. E o direcionamento da pesquisa e das conclusões não é aleatório: surge de zonas centrais de poder, em especial a economia, a política e as instâncias sociais de controle, sendo que as consequências sociais e jurídicas da seleção do objeto dessas pesquisas são também objeto de decisão daqueles que detém poder para tal⁵⁴⁰.

Para Beck, enfim, *“A realidade do risco, duplicada, fabricada, politiza a análise objetiva de suas causas*⁵⁴¹ e *“As ciências transformam-se – também as ciências naturais – em lojas de autoatendimento para clientes endinheirados e carentes de argumentos*⁵⁴².

⁵³⁸ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 153.

⁵³⁹ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 259-260. Outra crítica acerca da relatividade da metodologia científica adotada refere-se à seleção das variáveis capazes de ação. No que toca à ordem econômica e o sistema financeiro nacional, por exemplo, por que uma conduta específica é considerada como arriscada ou lesiva, e não outras? Atos de concentração de renda, não realização de reforma agrária, por exemplo, poderiam ser consideradas como possíveis causas de crise econômica, se não fosse o interesse do poder econômico em manter seus privilégios. No jogo de causas e consequências, os cientistas econômicos não trabalham necessariamente a favor da lógica ou da racionalidade, mas sim a serviço da política ou de seus financiadores.

⁵⁴⁰ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 261. Para Beck, a ciência tem que questionar essas influências políticas, para que não esteja sujeita ao “primeiro estalo do chicote”.

⁵⁴¹ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 262.

⁵⁴² BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 264.

Nesse contexto, ainda que se identifique problemas relevantes, não há um esforço pela supressão de causas, mas sim um tratamento dos sintomas, fazendo com que erros e problemas sejam convertidos em oportunidades mercantis⁵⁴³.

Ulrich Beck propõe, então, de pronto, que a ciência se transforme a si mesma, por meio de uma crítica do seu autoentendimento histórico, devendo ser teórica e praticamente revivida – até mesmo do ponto de vista do conceito de empiria. Essa crítica conta inclusive com o papel das ciências sociais, que são um caminho para fomentar a libertação das ciências do destino autoimposto de sua imaturidade e cegueira no que toca a questão dos riscos⁵⁴⁴.

Este caminho é, assim, a forma de emancipação da pressão política para as definições e para as reações diante dos riscos. Trata-se de uma forma de se superar o exercício arbitrário e irracional do poder, por meio de diretrizes teóricas verdadeiramente embasadas.

O sociólogo alemão aborda, na sequência, a questão da dissolução das fronteiras da política, assumindo que há uma forte relação entre controle político e a própria transformação técnico-econômica na sociedade de risco⁵⁴⁵. Nessa atual sociedade, uma característica peculiar é uma carência, que se configura na medida em que há a impossibilidade de imputar externamente as situações de perigo. Os perigos dos outros momentos de culturas e fases de desenvolvimento social anteriores eram mais facilmente identificados, mas o que se tem hoje é que os riscos são um produto histórico, que fazem com que a sociedade de riscos se confronte consigo mesma⁵⁴⁶. A compreensão desta complexidade de fatores e consequências é essencial para se tratar qualquer tipo de estratégia que vise controlar ou responsabilizar agentes pela causação de determinados efeitos no contexto da sociedade de riscos, por qualquer estrutura de direito, controle e sanção.

⁵⁴³ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 267. Um dos exemplos mencionados pelo autor é relacionado à questão da saúde na modernidade, em que ao invés de se combater doenças como diabetes, pressão alta e obesidade mórbida com alimentação e hábitos saudáveis, há um novo e lucrativo mercado de remédios que não atacam a causa, mas causam dependência para tratar os sintomas. Um paralelo pode também ser traçado com relação à economia, em que a ordem neoliberal causa diversos efeitos colaterais, como a concentração de renda, e tenta-se sanar sintomas, por meio de políticas criminalizantes, por exemplo, quando, na verdade, o que realmente mudaria a realidade econômica seriam reformas de base econômica, distribuição de renda etc.

⁵⁴⁴ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 273-274.

⁵⁴⁵ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 275.

⁵⁴⁶ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 276-279.

Beck afirma que, ainda no início do século XX, Thorstei Veblen defendia que as leis da economia não tinham validade constante e que nem podiam ser compreendidas de forma isolada, sendo, na verdade, plenamente vinculadas ao sistema cultural da sociedade⁵⁴⁷. Os princípios econômicos se alteram da mesma maneira que as formas de vida e os valores sociais, sendo que, se por algum motivo, a maioria da população rejeita a ideia de crescimento econômico, ou de um pensamento específico sobre a configuração do trabalho, critérios de produtividade ou modo de gestão do desenvolvimento tecnológico, surgirá algum novo tipo de demanda política de ação⁵⁴⁸.

Dessa forma, os valores do ponto de vista econômico são relativos e vinculados ao sistema de normas culturais. E Beck acrescenta, ainda, que *“a fórmula pacífica partilhada por todos de que progresso econômico é igual ao progresso social é digna de crítica”*⁵⁴⁹, de modo que qualquer desenvolvimento tecnológico ou aumento de riqueza não implica, necessariamente, que estes bens estarão ao alcance de qualquer um. Da mesma forma, é possível inferir que a própria estabilidade do sistema financeiro nacional ou o bom funcionamento da política de base financeiro-econômica não é suficiente para se atingir o propósito constitucional de *“desenvolvimento equilibrado do país”* ou o de *“servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem”*, atribuído no artigo 192, quanto ao Sistema Financeiro Nacional.

Ainda do ponto de vista da imprevisibilidade acerca da economia, Beck cita Piore e Sabel, segundo os quais, nos anos 50 e 60 do século XX, conhecidos por sua prosperidade, era possível prever o desenvolvimento das economias nacionais com relativa precisão. Hoje, contudo, é impossível prever os indicadores econômicos até mesmo do próximo mês, havendo uma grande incerteza sobre as mudanças nas economias nacionais, relacionada à confusão quanto às perspectivas dos mercados específicos⁵⁵⁰.

Ulrich Beck considera como certos os riscos e incertezas na atuação econômica, mas considera que a atual confusão apresenta traços específicos, pois há uma indeterminação quanto a como tecnologias, mercados e hierarquias deveriam ser

⁵⁴⁷ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 297.

⁵⁴⁸ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 298.

⁵⁴⁹ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 298.

⁵⁵⁰ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 316.

organizados, o que demonstra certo colapso de elementos decisivos, bastante mal compreendidos, do sistema de desenvolvimento econômico na era da globalização⁵⁵¹.

Nesse contexto, Beck afirma que a não política passa a assumir o papel da liderança política, transformando-se em agência de publicidade, dedicada a assegurar o *status quo* daqueles que lhe financiam⁵⁵².

Não se pode falar em uma uniformidade de interesses econômicos, no que toca as definições de risco, sendo que as interpretações de riscos representam expressão de poder⁵⁵³. Um mesmo risco não é absolutamente mau ou bom, pois dele sempre saem ganhadores e perdedores, por isso as definições de risco possibilitam exercício de poder político. Definir certo risco de determinada maneira implica, assim, um instrumento altamente eficaz de controle e seleção de processos econômicos⁵⁵⁴. Os efeitos colaterais dos riscos econômicos acabam por entrar na esfera da responsabilidade da política, sendo que se isenta a economia e os agentes econômicos sobre algo que eles próprios desencadeiam, mas se responsabiliza a política sobre algo que ela sequer tem verdadeiro controle⁵⁵⁵.

Beck considera, contudo, que a simples negação do risco não levará à sua superação, de modo que seria possível chegar ao ponto de uma total desestabilização. O avanço descontrolado dos riscos, diante de uma inércia política, pode se converter, segundo ele, em uma situação de ameaça social, com total imprudência⁵⁵⁶.

Por outro lado, também são inviáveis operações as quais ele chama de cosmético-simbólicas, que são aquelas que, apenas do ponto de vista aparente, promovem alguma ação, mas, na verdade, são incapazes de solucionar as causas do fenômeno⁵⁵⁷. No contexto da sociedade de risco, os indivíduos que sentem ameaças

⁵⁵¹ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 318-319.

⁵⁵² BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 327.

⁵⁵³ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 331.

⁵⁵⁴ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 331.

⁵⁵⁵ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 331.

⁵⁵⁶ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 332.

⁵⁵⁷ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 333. Neste sentido, há que se recordar o que foi exposto no primeiro capítulo, referente ao direito penal simbólico, que possui a aparência de resolução de problemas, mas, na verdade, não é capaz disso. Medidas cosmético-simbólicas do ponto de vista do direito penal implicam uma total ineficiência da intervenção. Por isso as soluções propostas por Hassemer e Silva-Sanchez, no próximo capítulo, que visam uma verdadeira prevenção, ainda que não pela via do direito penal clássico, talvez seriam mais eficazes. Se se quer manter um sistema econômico como o vigente atualmente na maior parte do ocidente, caracterizado pela liberdade econômica, livre concorrência etc, e não reformular todo o sistema, seria razoável ao

de circunstâncias ameaçadoras promovem um clamor por comando político, ansiando por uma mão forte e desejando ordem e segurança, em decorrência do medo de crises econômicas⁵⁵⁸. Para Beck, os políticos, principalmente durante as campanhas eleitorais, são forçados a simular um poder decisórios que eles sabem se tratar de uma lenda determinada pelo sistema, que, por sua vez, poderá passar por cima deles na primeira oportunidade⁵⁵⁹.

Deste modo, o problema não reside, exatamente, na tutela dos riscos pelo direito. Mas sim na utilização de mecanismo simbólicos de solução. Neste caso, entendemos que o Sistema Financeiro Nacional e seus diversos riscos de funcionamento não são, por si só, indignos de tutela pelo direito, mas é necessário refletir acerca dos limites de uma tutela meramente penal, que pode ter o efeito de agir de modo meramente cosmético, ou simbólico, tratando apenas de condutas selecionadas arbitrariamente pelo poder político, incapazes de se verificar, empiricamente, seu verdadeiro potencial lesivo para o interesse coletivo sistema financeiro nacional.

Historicamente, a política sofreu autolimitações, e esse tipo de ficção encontra lugar na estrutura do poder funcional da sociedade, desde a era industrial. Na verdade, Beck afirma que *“A política não é mais a única e nem mesmo a mais importante instância em que se decide sobre a configuração do futuro social”*⁵⁶⁰. Deste modo, Beck considera que a crítica à sociedade de risco atual deve partir de uma reflexão profunda sobre a diversidade dos seus atores e complexidade de suas influências, sendo que as profundas transformações políticas, culturais e econômicas repercutem diretamente no modo como o poder é exercido e experimentado pela população. Deste modo, igualmente, é possível avançar no combate ao simbolismo imposto por normas penais criadas em dissonância com os pressupostos liberais e constitucionais do direito penal.

Em *“O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização”*⁵⁶¹, obra mais recente, Ulrich Beck resgata sua reflexão acerca da

menos que se descartasse medidas simbólicas de intervenção, promovendo controles verdadeiros da atividade econômica.

⁵⁵⁸ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 337.

⁵⁵⁹ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 338.

⁵⁶⁰ BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade...* cit. p. 339.

⁵⁶¹ BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

sociedade atual, que ele considera como situada em um segundo momento da modernidade⁵⁶². Nela, o mercado mundial configura um império, cujo poder penetra e transforma todas as coisas, em especial a economia e a política dos Estados-nação. Na atual realidade, a ideologia neoliberal do globalismo funciona para Beck como um ditado no mercado mundial. Segundo ele, aliás, dentre os principais equívocos do globalismo, encontra-se o fato de que, embora haja uma aparência de livre comércio mundial, há uma internacionalização, mas não uma globalização da economia, e junto disso, há a dramaturgia do risco⁵⁶³.

Com o globalismo, reduz-se a grande e nova complexidade da globalidade e da globalização a uma única dimensão, a econômica, que para piorar, é compreendida de forma linear com a extensão da dependência do mercado mundial. Os demais temas, como a globalização ecológica, cultural, política, são todos imediatamente subordinados à econômica, como se não fossem suficientemente relevantes.

Embora o discurso do globalismo – em especial divulgado pelos agentes econômicos que dele levam grandes vantagens – defenda que a economia globalizada seja a mais adequada para oferecer bem-estar pelo mundo, ajudando a eliminar as desigualdades sociais, estamos, segundo Beck, muito distantes deste modelo⁵⁶⁴.

Na verdade, o que tem se visto é que os países mais ricos competem em total desigualdade com os mais pobres, evidenciando o cinismo dos supostos valores econômicos de justiça e livre concorrência. Por sua vez, no que toca ao que o autor chama de “dramaturgia do risco”, observa-se que o globalismo associa seu poder a uma parcela verdadeiramente reduzida de fatos reais, encenando supostas ameaças, difundindo medo, intimidando, o que obriga os adversários políticos e sindicais a agirem a favor de sua sobrevivência, reduzindo seu poder de barganha ou luta.

⁵⁶² BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização...* cit. p. 203.

⁵⁶³ BECK Ulrich. *O que é a globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização...* cit. p. 203.

⁵⁶⁴ BECK Ulrich. *O que é a globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização...* cit. p. 206.

Há, assim, uma hegemonia semântica, pois o globalismo defende publicamente uma ideologia que se torna fonte de poder, a partir do qual as empresas e agentes de poder econômico adquirem grande potencial estratégico⁵⁶⁵.

No contexto da atual globalização, Beck concorda com Max Weber, segundo o qual sem um Estado mundial e sem uma igualdade verdadeira do nível cultural da humanidade, a economia mundial é, na verdade, uma utopia⁵⁶⁶. Para o autor, a globalização econômica não é um movimento justo e uniforme, mas sim o resultado da pressão de atores detentores de grande poder econômico e político, que se utiliza da ideologia neoliberal, e que é um projeto político de hegemonia. Até mesmo as instituições e organizações aparentemente multinacionais, como OMC, OCDE, acabam sendo incapazes de fazer frente a este poder. A preocupação com a justiça e a economia global acaba sendo muito mais retórica do que real, no fim das contas, pois a política trabalha na mesa dos vencedores da globalização – e do poder econômico⁵⁶⁷.

A profunda análise sociológica de Ulrich Beck é fundamental para a compreensão do contexto econômico e global no qual se insere a tendência contemporânea de criminalização de condutas que, em tese, promovem perigo de lesão ao próprio sistema econômico e, no caso do presente estudo, ao sistema financeiro nacional.

Não se trata de um objeto de tutela individual e facilmente apreensível pela ciência, como é o caso da propriedade alheia, que pode ser objeto de furto ou roubo. A sociedade de riscos é um fenômeno contemporâneo, sujeita a múltiplos fatores de ordem política, social e cultural, e cujas causas e consequências, em seu complexo sistema, não consegue sequer ser adequadamente apreensível pelas ciências.

A ciência, conforme assevera detalhadamente Beck, não é uma fonte plenamente racional e neutra de conceitos, sofrendo influência, também, dos interesses políticos e econômicos que financiam suas pesquisas, de modo que até

⁵⁶⁵ BECK Ulrich. *O que é a globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização...* cit. p. 211.

⁵⁶⁶ BECK Ulrich. *O que é a globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização...* cit. p. 210.

⁵⁶⁷ BECK Ulrich. *O que é a globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização...* cit. p. 212.

mesmo os valores econômicos, propagados pela ciência econômica, são sujeitos a grandes questionamentos.

Deste modo, os riscos possuem, primeiramente, uma dimensão de discurso, não sendo igualmente distribuídos e sentidos por seus destinatários. A população, por sua vez, demanda uma intervenção da política, que, igualmente limitada, promove soluções cosmético-simbólicas, incapazes de atuar nas verdadeiras – e muitas vezes desconhecidas – raízes das ameaças econômicas, agindo tão somente em sintomas ou questões superficiais.

Diante da flagrante ineficácia de controle político e gestão dos riscos da pós modernidade, a resposta do direito penal reveste-se também de ineficácia evidente, pois a responsabilização penal em um contexto em que a causalidade é objeto de grande polêmica e incerteza é não apenas incerta como também inegavelmente injusta.

Presunções de ordem causal em um contexto de múltiplos fatores e pressões são demasiadamente temerárias. Silva-Sanchez e Hassemmer⁵⁶⁸ explicam, por sua vez, a forma como o direito penal, em sua tendência moderna expansiva, respondeu à configuração da sociedade de riscos, distanciando-se de sua configuração clássica, e passando a tentar controlar fenômenos de grande incerteza, habitualmente tutelados pelo direito administrativo – administrativização do direito penal.

A consequência, contudo, não é de maior segurança ou prevenção de crises e desastres, mas sim a expressão de um direito penal simbólico e ineficiente.

Devido à grande influência que os grandes atores do contexto econômico exercem sobre o poder político e até mesmo sobre a justiça, o que se verifica é a presença de uma altíssima seletividade na punição, que escolhe bodes expiatórios, e em geral peixes pequenos, para penalizar, a despeito da atuação de grandes cabeças que se tornam sempre imunes ao poder punitivo.

Não se combate estruturas, mas sim condutas isoladas daqueles que sequer se encontram na base sólida da perpetuação do poder. O direito penal reveste-se de

⁵⁶⁸ Vide próximo capítulo. Igualmente, vide SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. E também HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. In Revista penal, Barcelona, n.1, pp. 37- 41, 1998.

um discurso de firmeza, como alternativa para aquilo que outros ramos do direito declaradamente são incapazes de resolver.

Grandes escândalos financeiros, que repercutem na mídia e na opinião pública, possuem desfechos mais relacionados a acordos do que a sentenças, demonstrando o que Hassemer considera como *déficit de execução*, característica indissociável do direito penal moderno. Este déficit é, certamente, mais uma das evidências de baixa eficiência e de simbolismo da lei penal nº 7.492/86, em estudo, em especial em razão das cada vez mais constantes delações premiadas, comuns em delitos “*do colarinho branco*”, que implicam grandes acordos, capazes de diminuir a pena privativa de liberdade e incorrer, assim, em uma execução reduzida das penas previstas na lei.

Para Beck, é necessário promover uma profunda crítica social à situação em que se encontra a sociedade de risco contemporânea, reformulando as definições de risco, e principalmente definindo aqueles fatores que, realmente, colocam a população em uma situação de prejuízo – seja econômico, financeiro, ecológico. E isso implica também uma reflexão acerca das reações políticas e decisões que definem a estrutura social, para que se possa compreender se as instituições e normas estão, de fato, em sintonia com um combate às causas dos problemas ou meramente associadas a uma atuação cosmética e simbólica, que maquia sintomas.

Deste ponto de vista, a convergência de toda a complexidade do problema do risco na sociedade atual na suposta solução por meio do direito penal não se apresenta como via suficientemente adequada, em especial por ser o direito penal a expressão de uma reação violenta e concentrada, expressão de poder, incapaz de promover, verdadeiramente, grandes e justas transformações sociais.

O Sistema Financeiro Nacional, que é sujeito aos riscos da modernidade, inclusive provenientes da globalização econômica e financeira, deve ser igualmente objeto de grande questionamento. Seu bom funcionamento depende de múltiplos fatores e delegar ao direito penal e a punição de condutas isoladas, cuja causalidade do ponto de vista dos perigos e riscos é extremamente difícil de se determinar, o controle desses riscos é demasiadamente duvidoso.

O déficit de eficiência da tutela penal e, conseqüentemente, o simbolismo do discurso penal, neste âmbito, é, portanto, conclusão necessária, diante de tudo que se expôs até aqui. Não se pode esperar que os complexos riscos – que por si só devem ser objeto de definição – que assolam o Sistema Financeiro Nacional sejam

suficientemente controlados pela intervenção penal, que é pessoal, direcionada a um ator específico, e cuja causalidade e consequências sequer podem ser provadas com precisão.

Voltando à lição de Malan, os legítimos bens jurídicos tutelados pela lei nº 7.492/86 são o patrimônio público e o patrimônio privado investidos nas instituições financeiras⁵⁶⁹. Deste modo, o legislador teria agido de forma mais acertada se tivesse focado a proteção penal exclusivamente quanto a esses bens jurídicos finais. Seria o caso de se concentrar mais em bens os quais podem implicar resultados verdadeiramente lesivos e materiais das condutas penalmente proibidas⁵⁷⁰.

Concordamos com a assertiva de Malan, de que foi devido à falta de técnica legislativa que o legislador deixou de prestar especial atenção ao desvalor do resultado e dar excessivo desvelo ao desvalor da ação, incorrendo em condutas de perigo abstrato, como se o Sistema Financeiro Nacional fosse, por si só, o bem jurídico penalmente tutelado⁵⁷¹.

Malan identifica é que o fenômeno da administrativização do direito penal pode ser observado também na lei nº 7.492/86, na medida em que se buscou, por meio de seus tipos penais incriminadores, a gestão de riscos, função característica do direito administrativo⁵⁷². Ao invés de se tutelar apenas o bem jurídico final, que é a propriedade investida nas instituições financeiras, protege-se uma função de caráter político e econômico, o que não se configura como atribuição do direito penal liberal e constitucionalmente orientado. Isto reforça, assim, o déficit de eficiência da tutela penal neste ramo⁵⁷³.

⁵⁶⁹ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 51. Para Malan, a exposição de motivos da lei nº 7.492/86 demonstra uma expressa preocupação com o patrimônio dos investidores haja vista que se reporta a escândalos financeiros da época, em especial o “caso Tieppo”, que implicou diversas fraudes financeiras, de grandes proporções, no mercado paralelo de câmbio. Para ele, uma vez que houve enorme prejuízo para os investidores da época, a lei surgiu com o intento de proteger o patrimônio dessas pessoas, mas com o discurso de proteger o bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, como um todo. Vide MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 53.

⁵⁷⁰ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 52

⁵⁷¹ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 52. Apesar desta atecnia, contudo, Malan admite a possibilidade de se reinterpretar a lei em questão, em razão de ter sido promulgada antes da Constituição da República de 1988, cuja apreciação implica a exigência da ofensividade como requisito para a intervenção penal

⁵⁷² MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 55.

⁵⁷³ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 55. Para Malan, redefinir o bem jurídico protegido pela lei em questão significaria:

O distanciamento do direito penal de uma ofensividade real, o que inevitavelmente reforça seu simbolismo, é igualmente denunciado por Moccia, para quem o direito penal acaba se tornando ineficiente e violador de garantias⁵⁷⁴.

Moccia ressalta que, no âmbito do sistema econômico, há diversas condutas muito mais prejudiciais do que aquelas que são verdadeiramente incriminadas, sendo que são propositalmente desprezadas, por motivos políticos. Deste modo, o direito penal recorre a contradições persecutórias de natureza emotivo-simbólica, o que não deveria ser aceitável. Afinal, o direito penal só goza de credibilidade quando se respeita as regras do jogo⁵⁷⁵.

Para Moccia, a necessidade de uma tutela penal de condutas no âmbito da ordem econômica se deu com a evolução da sociedade e com o surgimento de novas necessidades. Contudo, a modalidade dessa intervenção causou perplexidade do ponto de vista do Estado Democrático de Direito, pelo desrespeito a garantias e a princípios próprios do direito penal liberal.

A grande inquietação diante da ineficiência do direito penal para o tratamento de questões afetas aos riscos da modernidade é, igualmente, denunciada por Marta Machado:

“A crítica consiste, também (...) em questionar a capacidade do direito penal de regular as novas ameaças tecnológicas e denunciar o caráter simbólico da resposta do direito penal do risco. Aponta-se que a atuação do aparato penal, no campo dos novos riscos, desembocaria em uma utilização meramente simbólica, pela qual as funções encobertas ou latentes - como por exemplo, a demonstração de prestígio e força pelo Estado e a satisfação de uma demanda por atuação dura - se sobreporiam às funções manifestas da pena”⁵⁷⁶.

mais segurança jurídica para interpretar e buscar a tipicidade material das condutas por ela proibidas; conhecimento judicial da conduta, com a real possibilidade de se refutar, empiricamente, a não causação de perigo concreto ou lesão; e, finalmente, restringir a intervenção penal apenas ao estritamente necessário, evitando-se a criminalização de condutas que sejam apenas formalmente típicas

⁵⁷⁴ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 118-119.

⁵⁷⁵ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 120.

⁵⁷⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 191. Marta Machado menciona, igualmente, Isabel Sánchez García de Paz, segundo quem o direito penal é visto pelo legislador não como meio de proteção subsidiária de bens jurídicos, mas sim como um instrumento de obtenção de uma fácil ganância política a curto prazo, dando resposta às demandas sociais de solução rápida dos problemas. O que se coaduna com a ideia de Baratta sobre a política como espetáculo. Vide BARATTA,

Marta Machado chama atenção, enfim, para que a ideia de eficiência não pretenda superar o caráter ético do instrumento penal, mas apenas que permita, no atual momento de discussão acerca do seu aparato, uma abertura do discurso jurídico-penal às considerações sobre suas consequências, “*de modo a poupar o sistema penal de empreitadas estéreis e contraproducentes*”⁵⁷⁷.

No mesmo sentido, Malan afirma que, nessa conjuntura, o direito penal se degenera em instrumento promocional, ou simbólico, de realização de políticas públicas estatais⁵⁷⁸. O direito penal, assim, estaria sendo usado como instrumento de regulação de atividades exercidas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional e dos riscos sistêmicos a ele inerentes, conforme as momentâneas diretrizes político-econômicas (monetária, fiscal e cambial) traçadas pela autoridade governamental⁵⁷⁹. Contudo, tal regulação se mostraria mais como instrumento simbólico de apaziguamento da opinião pública e de promoção do que de verdadeira eficiência no controle dos riscos em questão.

Finalmente, compartilhamos da angústia e do questionamento de Tavares, que, embora não tenha uma obra específica sobre o presente tema, assim assevera, por ocasião do prefácio ao livro de José Carlos Tórtima:

“Independente dos argumentos em favor da proteção das bases econômicas e financeiras para a consolidação de um Estado democrático, que parece constituir o fundamento comum, invocado por todos aqueles que buscam esclarecer o alcance dos dispositivos da Lei 7.492/86, a questão que deve ser colocada é se, efetivamente, será possível obter-se uma estabilidade dessa base econômico-financeira mediante o uso de um instrumento repressivo, rotulador e, em princípio, irracional, que é o sistema punitivo criminal. Parece que no fundo se pretende compensar a injustiça da estrutura social e econômica com a irracionalidade no âmbito jurídico. (...) Fazendo-se uma apreciação da lei no seu aspecto das delimitações entre o lícito e o ilícito, chega-se à conclusão de que o legislador brasileiro definitivamente pretendeu se incorporar ao direito da pós-modernidade, procedendo à substituição da noção tradicional e conhecida de bem jurídico pelo conceito de função, fazendo desta última o objeto jurídico da norma incriminadora. Mas o sistema brasileiro, antes de tudo, é um sistema realista e de resultados concretos, não

Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico...* cit.

⁵⁷⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais...* cit. p. 206.

⁵⁷⁸ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 45.

⁵⁷⁹ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 46.

*é um sistema puramente simbólico, o que conduz a que o intérprete deva empreender todos seus esforços para coibir essa artificialidade, restringindo ao máximo o alcance dos respectivos tipos*⁵⁸⁰.

Compreende-se, assim, no presente estudo, em conformidade com o pensamento de Tavares e Malan, que a tutela penal do Sistema Financeiro Nacional é seriamente questionável. A lei extravagante nº 7.492/86 mostra-se, assim, como expressão da expansão contemporânea da tutela penal de riscos, que se revela como uma resposta de duvidosa eficiência preventiva e grande apelo simbólico.

Por outro lado, é cabível, ainda neste tópico, uma abordagem referente à realidade da justiça penal brasileira, especificamente no que toca os delitos contra o Sistema Financeiro Nacional, previstos na Lei nº 7.492/86. Cuida-se de uma preocupação com a forma com que tal lei vem sendo aplicada pelos tribunais federais e tribunais superiores brasileiros, em especial dados referentes ao número de processos penais da referida matéria que tramitaram, nos últimos anos, as condenações, absolvições e arquivamentos, que completam o debate sobre o simbolismo da referida lei penal.

Tal preocupação complementa a reflexão acerca do simbolismo penal da lei em estudo, em especial levando-se em conta o que é denunciado por Hassemer, no tocante ao direito penal moderno, de que haveria um déficit de execução tal, que o direito penal não estaria cumprindo sua alegada função de proteção do bem jurídico e de prevenção de condutas tipificadas. E, para ele, o principal dos motivos para que este fato se dê, é que a punição se direciona exclusivamente a “peixes pequenos”, encerrando mais em acordos e arquivamentos do que com sentença criminal⁵⁸¹. Haveria, portanto, uma baixa operatividade da lei penal em questão, por se tratar de uma das expressões do direito penal moderno, que se propõe a resolver aquilo que não é capaz. Isso é, ainda, agravado pela questão das cifras negras, ou seja, daqueles delitos que ficam à margem da investigação ou condenação pelo poder público, seja por ocultação, seja por verdadeira seletividade do sistema⁵⁸².

⁵⁸⁰ TAVARES, Juarez. In TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional (uma contribuição ao estudo da lei 7.492/86)*... cit. Prefácio. p. XI-XIV.

⁵⁸¹ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 49.

⁵⁸² CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492 de 16.06.86)*. Florianópolis: UFSC, 1996. 467 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996. p. 174. Para Ela Castilho, o levantamento sobre a extensão da criminalidade contra o Sistema

Para enriquecer esse diagnóstico de Hassemer, que se direciona à criminalidade moderna em geral, é possível incorporar, ao presente estudo, dados referentes à justiça brasileira.

Conforme pesquisa da professora brasileira Ela Wiecko de Castilho, com relação ao controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, nos 10 primeiros anos de vigência da Lei nº 7.492/86 (1986 a 1995), apenas foram abertos 682 processos penais referentes à mencionada lei, sendo que deste total, somente 5 resultaram em condenações em primeira instância na Justiça Federal⁵⁸³. Segundo investigado pela autora da pesquisa, o principal responsável pela subnotificação seria o próprio Banco Central, por total ineficiência de fiscalização das milhares de instituições financeiras em funcionamento no Brasil e, ainda, por ceder a pressões políticas e fazer acordos com infratores⁵⁸⁴. Além disso, a pesquisa também constatou que, apesar da reforma da sentença em tribunais superiores, que elevou o número de condenações totais para 19, nenhum dos condenados, à época, estava preso. Os casos pesquisados, referentes a delitos tipificados na lei nº 7.492/86, tinham ocorrido, em sua maioria, nos maiores centros financeiros do país, Rio de Janeiro e São Paulo, envolvendo fraudes na obtenção de seguro agrícola, evasão de divisas, maquiagem contábil, empréstimos vedados e gestão temerária⁵⁸⁵. Segundo a avaliação de Ela de Castilho, o sistema penal é responsável, como um todo, por essa baixíssima eficiência na repressão penal, desde o Banco Central, passando pela polícia federal, Ministério Público Federal, Justiça Federal e Tribunais superiores, pois estaria mobilizado, de modo significativo, à punição da criminalidade de massa, cometida, predominantemente, pela classe mais pobre⁵⁸⁶.

Financeiro é apenas a “*ponta do iceberg*”, pois a criminalidade real, ou seja, as cifras que ela chama de ocultas, são exorbitantes e de difícil visibilidade.

⁵⁸³ CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492 de 16.06.86)*. Florianópolis: UFSC, 1996. 467 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996. p. 110. Do ponto de vista da pesquisadora, 682 casos são considerados um número pífio, principalmente levando-se em conta o fato de que, à época, segundo o Ministério da Justiça, 1 milhão de crimes eram cometidos, por ano, no país. Cf. p. 6.

⁵⁸⁴ CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492 de 16.06.86)*... p. 175. Sobre as pressões políticas, ressalta-se que há grande influência do poder econômico, em especial tendo em vista a força dos Bancos e Instituições Financeiras no campo do financiamento de campanha no Brasil.

⁵⁸⁵ CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492 de 16.06.86)*... cit. p. 224

⁵⁸⁶ CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492 de 16.06.86)*... p. 23.

Ela de Castilho contribui para a constatação de que o sistema penal, no tocante à criminalidade do *colarinho branco*, não pode ser considerada como um fracasso, mas sim que ele foi designado, simbolicamente, para tal fim. Segundo ela, a coincidência entre a programação normativa declarada – a alegada proteção do suposto bem jurídico Sistema Financeiro Nacional – e aquela cumprida pelo controle judiciário-penal, não indica insucesso, mas sim que se tem atingido seu propósito de ineficiência, afinal, tem-se persistido nessa suposta solução⁵⁸⁷.

E, citando Vera Andrade, Ela de Castilho corrobora a ideia aqui defendida de que tal diploma legal, de fato, carrega consigo alta carga simbólica, o que é, contudo, legitimado por parte da doutrina:

“É precisamente por sobrepor (e socializar) a imagem real do sistema penal uma imagem ideal do Direito Penal que o discurso dogmático tem cumprido, exitosamente, uma função legitimadora e que suas funções declaradas tem tido uma eficácia simbólica.

Até certo ponto, pois, esta falsidade é duplamente funcional: condiciona, relativamente, tanto a subprodução do garantismo quanto à subprodução de legitimação; tanto os déficits quanto os excessos funcionais da Dogmática Penal. Pois condiciona, em proporção diametralmente oposta, seus limites garantidores e seus potenciais legitimadores”⁵⁸⁸.

Em pesquisa mais recente, publicada em 2010, pela Fundação Getúlio Vargas, e coordenada por Maíra Rocha Machado, Marta Cristina Gimenes e Marta Rodrigues Machado, foram sistematizadas as estatísticas referentes aos delitos previstos na Lei nº 7.492/86, desde a entrada em vigor da referida lei até o ano de 2008⁵⁸⁹. A pesquisa visou, em resumo, avaliar a aplicação da lei em questão, a fim de se propor um instrumento hábil a dar embasamento teórico para qualquer proposta de regulamentação ou alteração do tema no ordenamento jurídico brasileiro⁵⁹⁰.

A pesquisa revela, dentre outras questões, que há notáveis falhas no sistema de fiscalização, o que implica, em geral, uma subnotificação de delitos contra o

⁵⁸⁷ CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492 de 16.06.86)...* cit. p. 23.

⁵⁸⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de apud CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492 de 16.06.86)...* cit. p. 24.

⁵⁸⁹ MACHADO, Maíra Rocha; GIMENES, Marta Cristina C. Saad; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). *A aplicação da lei n.7492/86 nos tribunais regionais federais e no superior tribunal de justiça. In* Cadernos Direito GV, v. 7, n. 1, Janeiro de 2010. Direito GV, São Paulo.

⁵⁹⁰ MACHADO, Maíra Rocha; GIMENES, Marta Cristina C. Saad; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). *A aplicação da lei n.7492/86 nos tribunais regionais federais e no superior tribunal de justiça...* cit. p. 12.

Sistema Financeiro Nacional, e não necessariamente que o Judiciário seja responsável pela baixa punição neste âmbito⁵⁹¹.

Outro dos pontos significativos da pesquisa é a constatação de que a grande maioria das penas aplicadas no âmbito dos delitos contra o Sistema Financeiro Nacional não são de prisão, e sim de restrição de direitos, como prestação de serviços à comunidade ou prestação pecuniária, devido à aplicação da pena próxima ao mínimo legal e ao fato de que o mínimo legal, para a maior parte dos delitos previstos na referida lei, não ultrapassa o total de quatro anos de reclusão⁵⁹².

Relevante, igualmente, mencionar o número de decisões que foram encontradas e utilizadas pela pesquisa em questão, referentes aos tribunais federais e superiores, que se limitam ao número de 1.298, no período de 1989 e 2005, ou seja, ao longo de 16 anos, o que demonstra, mais uma vez, um píffio montante, diante dos números da justiça penal brasileira⁵⁹³.

No tocante aos acórdãos em sede de tribunais federais regionais brasileiros, os dados revelam que, no período investigado na pesquisa em questão, apenas 54% dos casos resultou em condenação⁵⁹⁴.

Ademais, a própria imprecisão e atecnia da lei penal em estudo resultou, segundo a pesquisa, em inúmeras absolvições fundamentadas na atipicidade por não preenchimento dos elementos descritivos do tipo penal⁵⁹⁵.

⁵⁹¹ MACHADO, Maíra Rocha; GIMENES, Marta Cristina C. Saad; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). *A aplicação da lei n.7492/86 nos tribunais regionais federais e no superior tribunal de justiça...* cit. p. 79.

⁵⁹² MACHADO, Maíra Rocha; GIMENES, Marta Cristina C. Saad; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). *A aplicação da lei n.7492/86 nos tribunais regionais federais e no superior tribunal de justiça...* cit. p. 78. Conforme os dados obtidos, a substituição, segundo os critérios estabelecidos pelo Código Penal, poderia se dar 79,7%, em razão do *quantum* da pena aplicada. Por sua vez, os Tribunais promoveram referida substituição, em 1ª Instância, em 60% dos casos possíveis. cf. p. 86. “A partir dos dados analisados, pode-se constatar que a substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos é uma prática comum nos casos de condenação pelos crimes contidos na Lei 7.492. Em 1ª instância, a substituição foi efetuada em 60,3% dos casos nos quais a pena aplicada permitia a aplicação de penas restritivas de direitos no lugar das privativas de liberdade, e nos Tribunais Regionais Federais o mesmo índice sobe para 71”, cf. p. 91.

⁵⁹³ MACHADO, Maíra Rocha; GIMENES, Marta Cristina C. Saad; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). *A aplicação da lei n.7492/86 nos tribunais regionais federais e no superior tribunal de justiça...* cit. p. 101.

⁵⁹⁴ MACHADO, Maíra Rocha; GIMENES, Marta Cristina C. Saad; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). *A aplicação da lei n.7492/86 nos tribunais regionais federais e no superior tribunal de justiça...* cit. p. 135.

⁵⁹⁵ MACHADO, Maíra Rocha; GIMENES, Marta Cristina C. Saad; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). *A aplicação da lei n.7492/86 nos tribunais regionais federais e no superior tribunal de justiça...* cit. p. 140.

No que concerne à prescrição, também é notável que a Lei nº 7.492/86 mostra-se bastante suscetível a referido instituto, sendo que, conforme dados da pesquisa analisada, metade dos casos em que houve absolvição em 1ª Instância se deu em razão de prescrição retroativa, antes mesmo do recebimento da denúncia, o que revela significativa morosidade no tocante à investigação dos referidos delitos⁵⁹⁶.

Diante de todo o exposto, em especial levando-se em consideração a imprecisão dos riscos e das causas que levam à instabilidade do Sistema Financeiro Nacional, que, a partir do ponto de vista aqui trabalhado, não se trata de bem jurídico autêntico, mas sim de função da Administração Pública, sua tutela por meio do direito penal é significativamente simbólica. Entretanto, ainda que se considerasse que o Sistema Financeiro Nacional é digno de intervenção penal, seu caráter simbólico ainda poderia ser atestado, na medida em que, empiricamente, verifica-se uma baixíssima efetividade na investigação e condenação dos supostos delinquentes econômicos, os chamados criminosos do *colarinho branco*.

Da mesma forma, no que concerne aqueles tipos penais previstos na Lei nº 7.492/86, que visam proteger o patrimônio privado ou público investido no seio de instituições financeiras, não é possível verificar uma tutela eficiente pelo direito penal, que possui notável déficit de investigação e condenação, assim como demonstrado anteriormente. Mais uma vez, portanto, é possível notar a expressão do direito penal simbólico na referida lei.

⁵⁹⁶ MACHADO, Maíra Rocha; GIMENES, Marta Cristina C. Saad; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). *A aplicação da lei n.7492/86 nos tribunais regionais federais e no superior tribunal de justiça...* cit. p. 149.

CAPÍTULO III. ALTERNATIVAS E PROPOSTAS DE SOLUÇÃO

3.1 Tutela pelo Direito Administrativo

Neste capítulo, pretende-se discutir as alternativas e propostas de solução ao simbolismo penal constante na lei nº 7.492/86, em estudo. Considerando-se o já trabalhado déficit de eficiência da tutela do Sistema Financeiro Nacional e seus riscos inerentes, por meio da lei penal, e sua incompatibilidade com o discurso de prevenção e proteção do suposto bem jurídico, é necessário propor respostas que, efetivamente, sejam capazes de resolver o problema social existente e que, ao mesmo tempo, sejam compatíveis com o direito penal do Estado Democrático de Direito.

A primeira possibilidade vislumbrada, neste trabalho, trata-se da utilização de um ramo do direito já existente, que, por sua vez, é uma via que exige menos refreamento do que o direito penal. Trata-se da possibilidade de se usar o direito administrativo para a gestão, regulamentação e sanção de condutas que, em tese, atentem contra o bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional.

Com efeito, diversos penalistas identificam, na tendência da política criminal moderna, uma inclinação à administrativização do direito penal. Para Silva Sánchez, não obstante, teleologicamente, o direito penal e o direito administrativo se prestem a diversos fins – o primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos igualmente concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade; e o segundo, por sua vez, busca a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (ou seja, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial) – tem havido uma tendência de inclusão, no direito penal, de condutas tradicionalmente tratadas por meio de sanções administrativas. Dito de outro modo, é a conversão do direito penal em mera gestão de riscos gerais, com a característica, porém, de ser punitiva.⁵⁹⁷ O movimento mais observado, assim, é de inclusão no direito penal de condutas que deveriam ser tratadas pelo direito administrativo.

A administrativização do direito penal conta, ainda, com a transferência de lógicas próprias do direito administrativo para o direito penal, como é o caso dos

⁵⁹⁷ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002.

delitos de acumulação, ou seja, aqueles que, em tese, não possuem caráter lesivo ou de perigo concreto, mas que, em um exercício abstrato de previsão de uma acumulação, implicaria em uma lesão para o bem a que se visa proteger.

A primeira solução proposta para a contenção do direito penal simbólico existente na lei nº 7.492/86, portanto, é o movimento contrário ao da administrativização do direito penal, ou seja, é retirar do direito penal a tutela daquilo que deveria ser legitimamente tutelado pelo direito administrativo. É buscar a tutela pelo direito administrativo do Sistema Financeiro Nacional, posto que se trata de um sistema sujeito a controle de riscos e de condutas que, apenas de forma acumulada, são capazes de causar uma instabilidade prejudicial a um interesse de interesse comunitário. Ressalte-se, igualmente, que as sanções administrativas não por serem menos restritivas de direitos serão menos eficazes no controle dos riscos que, em tese, colocam em perigo o bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional.

A antecipação da tutela penal para um momento verdadeiramente anterior à lesão, segundo Moccia, somente é admitida em razão das formas jurídicas da tentativa e da forma culposa de delito. Segundo o autor italiano:

“(...) para intervenciones más alejadas del ataque al bien procede un instrumento de control distinto al Derecho penal;” pensamos, sobre todo, en el ilícito administrativo, para el cual es posible prever una articulada y eficaz gama de sanciones pecuniárias e interdictivas. Una solución de este tipo respetaría criterios de eficiencia, en cuanto a la prestación de una tutela anticipada al bien, y no resultaría problemática desde el punto de vista sistemático y político-criminal”⁵⁹⁸.

Conforme esclarece Moccia, para sustentar sua proposta, os princípios da proporcionalidade, subsidiariedade e *ultima ratio* seriam plenamente respeitados nesta substituição do direito penal pelo direito administrativo para a gestão de riscos. Quanto à substituição da pena pela sanção administrativa, Moccia defende que será uma forma de conferir rigor à *extrema ratio*, atribuindo maior credibilidade à intervenção penal, assegurando, assim, a defesa e o respeito da liberdade e da personalidade individual⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin... cit. p. 138.

⁵⁹⁹ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin... cit. p. 139.

Moccia considera que seja necessário transferir para o direito administrativo aquelas condutas que tendem a prevenir a aparição de perigo remoto, ou seja, que configurem, com relação aos bens, meros atos preparatórios, infrações, omissões, irregularidades, incompletudes, simples transgressões formais, previstas como forma de tutela antecipada. Para ele, abandonando-se a tutela penal quanto aos mecanismos de controle, tem-se mais chance de ser preventivo e de não macular as garantias formais e substanciais do sistema penal, em sintonia com o Estado de Direito⁶⁰⁰. Em outras palavras, significa dizer, ainda, que se trata de uma busca pelo abandono do direito penal, enquanto simbólico e inefetivo, para se obter uma verdadeira e legítima solução por parte do direito administrativo.

Para Silva Sánchez, contudo, há uma impossibilidade de se voltar o direito penal ao “velho e bom direito penal liberal”, deixando aquelas questões próprias do direito administrativo, em especial a gestão de riscos, para o próprio direito administrativo⁶⁰¹. Segundo ele:

“(...) deve admitir-se que propor a ‘devolução’ ao Direito Administrativo de todo o ‘novo’ Direito Penal é, sem dúvida, uma postura louvável sob perspectivas academicistas, mas evita afrontar as razões pelas quais produziu-se essa inflação penal, assim como buscar soluções que, uma vez atendidas, mostrem a máxima racionalidade possível. Daí que o que se segue se situe, certamente com alguma resignação, em uma proposta mais realista ou, se se prefere, plausível, na medida em que, de um Direito Penal com vocação racionalizadora, há de acolherem-se as demandas sociais de proteção precisamente ‘penal’”⁶⁰²

Da mesma forma, Winfried Hassemer faz uma avaliação negativa acerca da possibilidade de se deslocar os temas próprios da criminalidade moderna totalmente para o direito administrativo, mantendo-se o direito penal “puro”⁶⁰³, por considerar que tal movimento é praticamente impossível, dadas as mudanças sociais próprias da contemporaneidade.

Ademais, Hassemer considera que é equivocado tentar defender o direito penal nuclear como se fosse um “castelo”, sendo necessário, ao contrário, refletir sobre sua renovação:

⁶⁰⁰ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 140.

⁶⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 136-137.

⁶⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 137.

⁶⁰³ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del Derecho penal futuro...* cit. p. 40.

“Un Derecho penal conforme con el Estado de Derecho no es ningún castillo al que sea preciso defender, sino um modelo de conducta (Handlungskonzept) teórico-prático del control formal sobre los comportamientos desviados, que continuamente se debe renovar teóricamente, incorporando aquellas circunstancias generales y político-jurídicas que cambian socialmente. No se demanda la defensa, sino el ataque”⁶⁰⁴.

O que se nota, portanto, é que embora haja uma forte crítica quanto à expansão e administrativização do direito penal, buscando torna-lo um direito de gestão ordinária de problemas sociais⁶⁰⁵, há, igualmente, uma resistência em deixar os complexos temas próprios da sociedade de riscos contemporânea estritamente a cargo do direito administrativo.

Respeitar-se os limites entre o direito penal e o direito administrativo implica respeitar, no caso do primeiro, os princípios da *ultima ratio*, da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal. Significa dizer, enfim, que o direito penal deve ser usado como último recurso de intervenção estatal, deixando para o direito administrativo aquilo que ele for capaz de resolver. A questão é que no contexto contemporâneo, as exigências são um pouco mais complexas, tendo o direito penal reagido de forma extensiva, abarcando tudo aquilo que o direito administrativo, em tese, não teria como resolver.

A tarefa de delimitação entre o injusto penal e o injusto administrativo, contudo, é uma tarefa árdua, em especial em decorrência da fluidez com que decide o legislador pela tutela de bens jurídicos através de um ou outro ramo⁶⁰⁶. Há diversas correntes que se dedicam à diferenciação dos ilícitos penais e os ilícitos administrativos. No presente estudo, não há espaço para a extensa discussão a respeito das diferentes teorias. O foco é, portanto, na posição que sustenta que determinadas condutas ora tuteladas pelo direito penal devem ser transferidas para o direito administrativo.

Moccia sugere, nesse caso, a substituição da tutela penal pela do direito administrativo, que por não se tratar da *ultima ratio*, é capaz de tutelar,

⁶⁰⁴ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del Derecho penal futuro...* cit. p. 40.

⁶⁰⁵ Neste sentido, vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 107.

⁶⁰⁶ Neste sentido, vide OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro. Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 115.

verdadeiramente, a questão dos riscos próprios da sociedade contemporânea, sem infringir garantias próprias do direito penal⁶⁰⁷. Sugere, ainda, uma segunda via, que seria a da harmonização do direito penal com o direito penal e o direito civil, com uma legislação extrapenal de referência, que preveja critérios gerais articulados, vinculados a obrigações e mecanismos de controle. Para o autor, o abandono do direito penal, neste ponto, implica maiores chances de a norma ser preventiva, afastando-se da sua ineficiência e, portanto, de seu simbolismo, e ainda se assegura o respeito às garantias formais e substanciais do sistema penal em conformidade com o Estado de Direito⁶⁰⁸.

Ana Carolina Carlos de Oliveira identifica, por sua vez, que na Europa, uma tendência de despenalização, verificada como fruto da margem de manobra de que dispõe o legislador para o tratamento de condutas nas zonas limítrofes entre as áreas penal e administrativa⁶⁰⁹. Tal tendência, segundo a autora, e o que é compartilhado por ocasião deste trabalho, implica grande importância, por encontrar a doutrina do direito penal mínimo para informar a atividade legislativa, bem como para o aperfeiçoamento das técnicas e normas administrativas para a regulamentação do conjunto de condutas que passaram para essa esfera⁶¹⁰.

Ademais, o encolhimento do direito penal e o tratamento de condutas por meio de ilícitos administrativos, implica consequências para a desobstrução dos tribunais e das penitenciárias, fortalecendo o princípio da utilização do direito penal somente como *ultima ratio*. Isso, inclusive, pode ser utilizado como argumento de redução do aparato criminal para fins de fortalecimento da crença nas normas penais, por questões de credibilidade, já que não caberia ao direito penal cuidar de tudo, mas apenas daquelas questões mais graves.

Essa proposta, especificamente no tocante à lei nº 7.492/86, em estudo, implicaria uma transferência das diversas normas de mera obediência, que configuram, atualmente, remissões a legislação de órgãos do poder executivo, de atos

⁶⁰⁷ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 138.

⁶⁰⁸ MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin...* cit. p. 140.

⁶⁰⁹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro. Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa...* cit. p. 133.

⁶¹⁰ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro. Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa...* cit. p. 133.

e procedimentos da administração, tais como autorizações e declarações, para o campo do direito administrativo, sujeitando tais condutas apenas a sanções de natureza administrativa, tais como multa ou restrição de operação.

Para Malan, uma vez que as funções estatais tratam de política de gestão, sujeitas a conveniências e oportunidades do legislador, ou, ainda mais passageiras, sujeitas à conveniência de um órgão do poder executivo, como é o caso do Banco Central, por meio de suas portarias, sua tutela por meio do direito penal é inadmissível⁶¹¹. Atos de mera obediência, controle e regulação são próprios do direito administrativo, sendo mais razoável deixar a cargo dele do que do direito penal boa parte dos delitos previstos na lei nº 7.492/86.

O ponto de vista pessoal de Malan, assim, é que há desnecessidade de intervenção penal no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, posto que o controle jurídico-administrativo já seria deveras rígido e bastante eficaz, em especial sanções de inabilitação para direção, cassação de autorização para funcionar, multas de significativo valor, dentre outros⁶¹². Sua conclusão é, enfim, que a política econômica protegida pelo Sistema Financeiro Nacional não é digna de tutela penal, sendo, apenas, a *ration legis* da tutela.

Por ocasião deste estudo, vamos nos limitar a concordar que, de fato, a ideia de transposição das normas de conduta do direito penal, no seio da lei nº 7.492/86 para o direito administrativo mostra-se, de fato, em consonância com os preceitos do direito penal liberal mínimo. Trata-se de conter a expressão simbólica do direito penal e de fornecer uma solução já existente, sem ir contra as disposições constitucionais e os limites do exercício do poder punitivo.

⁶¹¹ MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, p. 37-58, 2012. p. 45.

⁶¹² MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia...* cit. p. 49.

3.2 A proposta de Direito Penal de Duas Velocidades, de Silva-Sanchez

Uma segunda proposta de solução para a contenção e racionalização do direito penal simbólico, especificamente no tocante à lei penal em estudo, nº 7.492/86, que define os delitos contra o Sistema Financeiro Nacional, trata da aplicação da orientação cunhada pelo espanhol Silva Sánchez.

De fato, como trabalhado anteriormente, com relação à concepção de Silva Sánchez acerca da expansão do direito penal na sociedade contemporânea⁶¹³, o autor considera que o direito penal moderno tem sido traçado segundo uma tendência de aumento de figuras típicas penais e renúncia ou flexibilização de garantias penais clássicas do direito penal liberal. Tal fenômeno, para o teórico espanhol, encontra diversas explicações de cunho social, em especial a conformação da sociedade dos riscos, cuja população vem pressionando por maior intervenção estatal para controle e prevenção de grandes crises econômicas e ambientais⁶¹⁴. Nesta esfera, o direito penal vem surgindo como forma de resposta imediata, porém altamente controversa para a solução de complexos fenômenos de natureza social.

Silva Sánchez discorre no sentido de que essa expansão é ilegítima e incongruente com os pressupostos da política-criminal liberal clássica. Contudo, propõe uma solução, a qual denomina *Direito Penal de duas velocidades*⁶¹⁵. Nesta concepção, a primeira velocidade consistiria no direito penal nuclear clássico e a segunda velocidade consistiria em um direito penal que flexibiliza garantias, mas abre mão da pena privativa de liberdade. O autor sugere, ainda, que pode ser observada, empiricamente, uma terceira velocidade do direito penal, embora ilegítima, que configuraria uma manutenção da pena privativa de liberdade com a simultânea e flexibilização de garantias e princípios clássicos do direito penal.

Para se compreender a proposta do autor espanhol, contudo, é necessário resgatar a lógica presente na sua visão acerca da tendência do direito penal de hoje. Na verdade, é relevante ressaltar, inicialmente, que a política criminal sofre alterações, no contexto da expansão do direito penal, segundo Silva Sánchez. Para ele, o direito penal é um produto político diante dessas mudanças, e o mesmo se vê refém de um

⁶¹³ Vide ponto 1.2 da dissertação, supra.

⁶¹⁴ Vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit.

⁶¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 144 e ss.

esforço internacional de combate aos paraísos jurídico-penais e de uma pressão para coibir certas condutas⁶¹⁶. Tal avanço nas formas de criminalização, contudo, se dá exclusivamente do ponto de vista do direito penal especial, não sendo devidamente acompanhada da homogeneização ou alteração de conceitos básicos do direito penal geral. Outro problema apontado pelo autor é o *déficit* democrático de tais instâncias supranacionais de direito penal, tendo em vista que as dimensões legislativa e jurídica são próprias da soberania nacional⁶¹⁷.

Silva Sánchez aborda, ainda, o tema da dogmática penal diante da delinquência própria da globalização, questionando-se acerca da homogeneização de conceitos de direito penal geral, justamente para que seja possível ter um direito penal mais unificado. Para o autor, não há sequer um consenso sobre as finalidades político-criminais do direito penal, nem no que concerne a concreta atribuição de conteúdo às categorias e conceitos do sistema dogmático entre o mundo ocidental, islâmico e extremo oriente⁶¹⁸. Para ele, divergem as ciências penais dos pontos de vista técnico, prático, ideológico e científico. Contudo, no caso da delinquência econômica, o autor afirma que as divergências não são tantas, haja vista que o fenômeno da criminalidade econômica se deu de forma quase simultânea na maioria dos países, em especial em decorrência da globalização e de diversos outros fatores em comum⁶¹⁹.

No contexto da globalização, Silva Sánchez afirma que o delito eminentemente econômico se manifesta de diversas formas, seja na macrocriminalidade, terrorismo, narcotráfico, criminalidade organizada, tráfico de pessoas e de armas. Sendo assim, a política criminal adquire uma face predominantemente transnacional, lidando com aspectos não apenas criminais, mas sociais bastante semelhantes nos diversos

⁶¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 80-81. Não é de se estranhar que a criação de determinadas leis penais surja exatamente em um mesmo contexto e momento mundial, em especial em decorrência de pressão internacional. Tal pressão pode ser exercida não apenas por Estados, no exercício de seu poder e influência, mas também de órgãos transnacionais - acordos de criminalização do terrorismo ou de condutas lesivas ao meio ambiente.

⁶¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 83. Além disso, Silva Sánchez menciona que há integração transnacional apenas do ponto de vista repressivo, jamais preventivo, como é o caso do Tribunal Penal Internacional, que sequer goza de tanta legitimidade.

⁶¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 84-86.

⁶¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 90. Silva Sánchez sugere que a referência ocidental seja utilizada. Contudo, eu poderia mencionar um problema que ocorre na importação de teorias e de sua aplicação descontextualizada ou deturpada, que é, por exemplo, o caso da teoria do domínio do fato, de Roxin, que foi importada pelo STF brasileiro, de modo equivocado - ao invés de ser utilizada para separar autor de partícipe, foi utilizada para ampliar o âmbito de responsabilização.

Estados-nação⁶²⁰. A globalização não influencia, portanto, somente na criminalidade, mas em diversos outros fenômenos sociais, como bolsões de marginalidade, movimentos migratórios, multiculturalização, globalização da política, dentre outros. Os efeitos da globalização são sentidos até mesmo na delinquência de massa, pois crises econômicas, por exemplo, criam espaço para maior frequência nos delitos contra o patrimônio⁶²¹.

Silva Sánchez faz, ainda, uma reflexão sobre a influência de construções dogmáticas com a expansão do direito penal. Segundo ele, no Direito Penal liberal, atribuía-se o excesso legislativo penal como um resultado de autoritarismo estatal, um excesso “perverso”. Hoje, contudo, deve-se observar que a resposta estatal está intrinsecamente ligada aos reclames da sociedade⁶²².

Ademais, há, segundo o autor, grande crítica na dogmática acerca da construção de Jakobs, para quem a vigência da norma é a função do direito penal. Essa forte crítica relaciona a teoria de Jakobs com a expansão do direito penal. Contudo, para Silva-Sanchez, a própria teoria de proteção do bem jurídico tem uma função ampliadora e é usada para esse fim, muitas vezes, sendo que foi até mesmo incorporada por penalistas da Escola de Kiel, por ocasião do nacional-socialismo. Para Silva Sánchez, assim, a teoria de proteção dos bens jurídicos não contribuiu, necessariamente, para frear a expansão penal – até mesmo por não ser incorporada na prática legislativa. A política jurídica, para ele, portanto, é quem decide os processos de criminalização⁶²³. Sendo assim, para Silva-Sanchez, em uma breve comparação entre as teorias de Jakobs e a de proteção dos bens jurídicos, há inconvenientes semelhantes: 1) indefinição acerca do critério que determina se certa norma pertence ao núcleo de identidade normativa da sociedade e quais são os bens jurídicos penais; 2) indeterminação dos elementos que uma conduta deve incorrer para desestabilizar tais normas ou infringir tais bens; 3) ausência de um critério preciso

⁶²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 97.

⁶²¹ A criminalidade de massa, que no caso brasileiro, trata-se especialmente de delitos contra o patrimônio e do tráfico de entorpecentes, aparece com maior frequência em situações de crise econômica, nas quais o desemprego e a renda diminuem e o recurso à fonte ilícita de renda acaba sendo uma alternativa.

⁶²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 105. Por isso a teoria da sociedade dos riscos e o papel fundamental da população devem ser colocados em relevo, mais uma vez.

⁶²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 106.

sobre a necessidade da pena em tais situações⁶²⁴. Em resumo, para Silva Sánchez, nenhuma das teorias pode ser responsabilizada pela expansão do direito penal, nem tampouco pela contenção deste fenômeno⁶²⁵.

Especial relevo deve ser atribuído, ainda, ao que Silva Sánchez denomina “Administrativização do Direito Penal”, que se trata de uma transição do sistema penal para o modelo original do direito administrativo. Nessa transição, destaca-se o fato de o direito penal vir abandonando o modelo de lesão de bens individuais para incriminar condutas que causem apenas um perigo presumido para bens supraindividuais, passando, ainda, pelas modalidades intermediárias. A criação legislativa, que já não prezava pelo limite de proteção de bens jurídicos, passa a incriminar condutas que atentem contra bens que deveriam, em tese, ser geridos pelo direito administrativo. Enfim, o direito penal passa de protetor de bens jurídicos-penais para o gestor de grandes problemas sociais, como o problema ecológico ou econômico⁶²⁶. Ao invés de bens concretos e individuais, espera-se que o direito penal passa a proteger contextos cada vez mais genéricos, fenômenos de dimensões estruturais globais ou sistêmicas.

Compreender a tendência da administrativização do direito penal, na teoria de Silva Sánchez, é essencial para conceber a solução por ele admitida, de distinção entre um direito de primeira e outro de segunda velocidade. Ocorre que a administrativização é o produto de uma transmutação do direito penal em direito administrativo, adquirindo suas características e estruturas, contudo, mantendo a sanção penal, a famigerada e violenta pena. Isso, contudo, é veementemente repugnado pelo autor, que considera essa tendência político-criminal como irracional, atécnica e ilegítima.

No direito penal clássico, a pena vinha como ação *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente limitado, em especial quanto aos sujeitos ativo e passivo, mas na modernidade, converteu-se em um direito de gestão punitiva de riscos gerais, tornando-se, assim, “administrativizado”⁶²⁷. A distinção clássica entre ilícito penal e ilícito administrativo, sendo que o primeiro tratava de uma lesão eticamente reprovável

⁶²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 108-109.

⁶²⁵ Silva-Sanchez não descarta a possibilidade de se usar a teoria funcionalista de Jakobs para a contenção da expansão do direito penal, pois, segundo ele, é possível argumentar que um excesso de normas penais causaria uma disfunção no próprio sistema, o que seria inviável para sua manutenção. Contudo, não afirma que seria a melhor teoria de limitação da intervenção penal.

⁶²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 112 e ss.

⁶²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 114.

de um bem jurídico, diferentemente do segundo, que seria um ato de desobediência ético-valorativamente neutro, passa a ser praticamente inexistente, ou meramente quantitativa⁶²⁸. Para o autor:

“(...) essa orientação à proteção de contextos cada vez mais genéricos (no espaço e no tempo) da fruição dos bens jurídicos clássicos leva o Direito Penal a relacionar-se com fenômenos de dimensões estruturais globais ou sistêmicas, no que as aportações individuais, autonomamente contempladas, são, ao contrário, de ‘intensidade baixa’. Com isso, tem-se produzido certamente a culminação do processo: o Direito Penal, que reagia a posteri contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está ‘administrativizado’”⁶²⁹.

Do ponto de vista teleológico, tais ramos do direito seriam, mais uma vez, significativamente diferentes: a finalidade do direito penal seria a proteção de bens concretos em casos concretos, com critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio; já a finalidade do direito administrativo seria a ordenação de setores da atividade – sanções de um modelo de gestão setorial, sem a necessidade de se seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta⁶³⁰.

A partir do momento em que o direito penal passa a atuar do modo do direito administrativo, com a finalidade deste, ele passa então por um processo de “administrativização” – o que é temerário se ele continua, por sua vez, a aplicar a sanção de natureza penal, que se diferencia da administrativa por implicar a privação da liberdade individual⁶³¹.

Do ponto de vista das condutas coibidas por um e outro ramo, o direito administrativo, segundo Silva-Sanchez, trabalha, particularmente, com o formato do *dano cumulativo*, ou com a repetição, prescindindo de uma valoração do fato concreto – ou seja, foca-se na possibilidade de transgressão global, de um perigo estatístico. Deste modo, as condutas coibidas não carecem de comprovação de lesão, constituindo desobediências de caráter meramente formal⁶³².

⁶²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 115. Remete ao conceito de função de Juarez Tavares.

⁶²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 144.

⁶³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 115 e ss.

⁶³¹ Outro ramo mencionado por Silva-Sanchez é o do direito administrativo sancionador, que é o reforço da ordinária gestão da administração, de modelos setoriais de gestão. Ele não exige lesividade, existindo segundo critérios temporários de oportunidade. Este ramo, contudo, não existe na experiência brasileira.

⁶³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 118

O que vem sendo notado, contudo, é que o direito penal pegou emprestado este modelo, na sociedade pós-industrial, como se tivesse se apropriado do modo de racionalizar administrativista, coibindo condutas que possuem apenas este perigo global ou estatístico, em especial pelo recurso aos delitos de perigo abstrato. O direito penal passa a funcionar segundo a lógica do direito administrativo, convertendo-se em um ramo de direito responsável pela gestão de grandes problemas sociais. Os comportamentos individuais e lesivos não são mais o foco dos ilícitos penais, que passam a se preocupar com as condutas que, apenas de forma cumulada, podem, possivelmente, provocar lesões concretas.

Silva Sánchez destaca que não apenas o desvio de finalidade do direito penal é um fenômeno preocupante, mas também a estrutura administrativizada que seus ilícitos vêm adquirindo. Em especial, o paradigma dos delitos de acumulação, para ele, apresenta diversos problemas: viola-se o princípio da culpabilidade, pois não se analisa a culpa do indivíduo na causação do resultado; penaliza-se por riscos que, na verdade, situam-se em contextos de problemas sistêmicos, que não podem ser atribuídos a um comportamento individual; infringem o princípio da proporcionalidade, pois se usa uma ferramenta penal para uma conduta que não é lesiva a tal ponto⁶³³.

A defesa de tal estrutura é defendida, porém, sob o argumento de que uma massificação de determinada conduta poderia colocar em xeque as condições de funcionamento de determinados sistemas, tais como a economia de mercado. Contudo, segundo Silva Sánchez, atribuir a responsabilidade do direito penal de proteger tais funcionamentos sistêmicos é administrativizá-lo – algo que vem ocorrendo, apesar das críticas, em diversos países⁶³⁴.

O contexto de “administrativização” do direito penal se explica também por sua nova face de proteger o “Estado de prevenção”, para Silva Sánchez. Não se trata do outrora Estado policial, mas sim de um Estado preventivo, que visa controlar as atividades administrativas sujeitas a risco, que se tornam novos objetos de proteção penal. Fatos que antes seriam sancionados apenas com sanções administrativas, passam a ser penalizados, devido ao apelo estatal. O Estado passa a ser vigilante, fazendo-se um esforço cognitivo que consiste em diversas vias de controle

⁶³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 122-123.

⁶³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 123.

administrativo – tais como procedimentos de autorização ou de licença -, e reclama-se pela sanção penal quando tais procedimentos são desobedecidos, ao invés do clássico direito administrativo. O Estado preventivo ou vigilante é a resposta à sociedade de riscos, que, segundo Silva Sánchez, se intensifica com a privatização e a liberalização da economia⁶³⁵.

Uma outra dimensão da administrativização apresentada por Silva-Sanchez, é o redescobrimto da neutralização. Para ele, não há a verdadeira prevenção comunicativa, mas apenas a neutralização fática – *incapacitation* –, remetendo às teses inoculadoras. Segue-se a ideia de que a privação de liberdade dos indivíduos que cometem os delitos administrativizados provocaria uma redução do número de fatos delitivos, havendo importantes benefícios a menor custo. Tal é, inclusive, destacado como o modelo central da política criminal norteamericana, onde há uma visão atuarial dos riscos de se cometer um delito – e não se observa o indivíduo do ponto de vista psicológico, e sim em grupos de baixo, médio ou alto risco de delinquência⁶³⁶.

Essa perspectiva, para Silva-Sanchez não é um acontecimento casual, mas sim guarda direta relação com a descrença na ressocialização da pena – tanto do ponto de vista empírico como do ponto de vista do desinteresse político em investir no modelo de ressocialização, que é caro e produz efeitos somente a longo prazo. Na perspectiva da neutralização, diferentemente da ressocialização, não se quer reduzir ou eliminar o crime, mas sim promover um gerenciamento de riscos. O direito penal, assim, passa a gerir o risco social, cominando sanções a condutas que se situam nesse âmbito dos riscos⁶³⁷.

Após toda esta profunda análise de natureza social, econômica e jurídica do fenômeno da expansão penal dos países ocidentais, no contexto da globalização, Silva Sánchez passa a elaborar um prognóstico crítico. Para ele, é impossível, ou pelo

⁶³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 125-127. Neste ponto, percebe-se que o liberalismo econômico não corresponde, necessariamente, a uma liberalização na intervenção penal. O Estado deixa de intervir na economia para intervir no Direito penal. Interessante que o neoliberalismo sirva ao poder econômico em grande medida, influenciando em grande medida a política. Mas a política criminal não estaria, ainda que intervindo no direito penal, a serviço destes mesmos interesses?

⁶³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 132. Tema abarcado pela ideologia gerencial, managery ou administrative criminology, e também pela *New Penology*, que não é objeto do presente estudo.

⁶³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 135.

menos utópico, voltar ao “velho e bom direito penal liberal”, como alguns defendem, que significaria restringir o direito penal apenas ao seu núcleo clássico. Aliás, o autor considera que tal direito penal liberal, na verdade, nunca ocorreu na história⁶³⁸.

Por outro lado, o autor espanhol se identifica com a corrente que crê que o direito penal em expansão deveria ser reconduzido ao direito administrativo sancionador – sem, contudo, deixar de afrontar as razões pelas quais se produziu a flagrante inflação penal contemporânea. Sua fundamentação encontra guarida no fato de que há uma direta relação entre as garantias de determinado sistema de imputação e a gravidade das sanções que são acarretadas por sua aplicação.

Por uma questão de proporcionalidade e justiça, não são todos os sistemas jurídicos, segundo Silva Sánchez, que devem conter as mesmas garantias, sendo que ao direito penal, por ser o mais agressivo em termos de sanção, cabe ter as garantias mais rígidas (pois, em um momento mais longínquo, contava com penas corporais, tais como de morte, e hoje conta com a mais grave sanção, que é a privativa de liberdade)⁶³⁹. Uma expansão do direito penal com a flexibilização de garantias é, assim, desproporcional e injusta – expande-se sem critério, na verdade, a extrema sanção, que é a pena privativa de liberdade, que deveria ser a mais racionalizada e estrita possível.

Por outro lado, se houvesse uma recondução ao direito administrativo sancionador, poderia se pensar em uma flexibilização de garantias – por ser um sistema jurídico com sanção menos grave. Para tal, Silva Sánchez menciona a proposta de Hassemer, representante da escola de Frankfurt, chamado de direito de intervenção, que seria capaz de combater as formas modernas de causação de danos, com elementos penais, mas com orientação para fins preventivos – renunciaria à reprovação pessoal e à imposição de penas privativas de liberdade, para que pudesse agir, verdadeiramente, de forma antecipada⁶⁴⁰.

Diante deste cenário, para Silva Sánchez, as alternativas seriam duas, no tocante aos delitos socioeconômicos, nos quais se expressa, predominantemente, a expansão do direito penal: seja a integração do núcleo do direito penal, com as máximas e rígidas garantias clássicas do sistema penal ou que mantenham a linha de

⁶³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 136.

⁶³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 137-138.

⁶⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 140-141.

relativização que hoje acompanha referidos delitos, mas que, em contrapartida, haja a renúncia das penas de prisão que hoje existem. Ele afirma ser adepto da segunda linha, bem como Hassemer⁶⁴¹, pois um movimento diametralmente contrário à presente tendência, em especial de despenalização, encontraria unívoca resistência. Uma vez que a expansão do direito penal faz com que haja diversos direitos penais distintos, com estruturas típicas, regras de imputação e princípios processuais próprios, nada impede que haja, também, sanções substancialmente diversas.

Em oposição à consolidação de um único direito penal moderno, há uma forte crítica de expansão e flexibilização de princípios político-criminais. Criticar tal consolidação não significa, contudo, exigir a volta de um direito penal liberal, mas sim de se opor à aceitação de uma expansão irracional, sem reparos no sistema de garantias, que foi cunhado exatamente para se admitir a violenta privação da liberdade⁶⁴².

Para Silva Sánchez, uma oposição integral à modernização significaria promover um direito penal restrito à classe mais baixa, onde o ladrão convencional seria penalizado e o delinquente econômico ficaria totalmente à margem de qualquer sanção estatal. Mas não se opor seria equivalente a aceitar um avanço injusto e desproporcional do direito penal.

Apesar deste diagnóstico, Silva Sánchez chama atenção para a necessidade de distinção de fatos e consequências, não de sujeitos – para se evitar um direito penal do autor, ao invés de um direito penal do fato. Diante de novos interesses e fenômenos sociais, econômicos, ambientais, a dogmática penal tem que proceder a uma reflexão. Esforçar-se para resolver esses novos desafios com os mesmos pressupostos, ao adaptar a teoria do bem jurídico para o viés pessoal, não tem se mostrado, contudo, eficiente. O movimento legislativo observado se deu de maneira espontânea, sem vínculos com a perspectiva dogmática, mas totalmente associado à realidade social. Por isso, cabe à dogmática penal promover um esforço verdadeiramente amplo, a fim de se evitar o avanço irracional da pena privativa de liberdade, sem um limite razoável. Até mesmo porque, para o autor espanhol, tal avanço aparentemente severo é verdadeiramente simbólico.

⁶⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 142.

⁶⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 143.

Silva Sánchez chega, enfim, a sua proposta para este desafio: o direito penal de duas velocidades, mencionado inicialmente. A primeira velocidade, configurada do mesmo modo previsto pelo direito penal liberal clássico, permitiria a manutenção das garantias rígidas no caso de penas privativas de liberdade. Por questões de proporcionalidade, a conduta sancionada deve ter uma significativa repercussão no que toca a afetação ou lesividade individual e o sistema de imputação deveria ser pessoal, claro e estrito⁶⁴³.

A segunda velocidade, contudo, que implicaria penas não corporais, seja privação de direitos, seja pecuniária, admitiria uma flexibilização controlada das regras de imputação – incluindo responsabilidade penal de pessoas jurídicas, ampliação de critérios de autoria ou da comissão por omissão – e até mesmo de princípios político-criminais – como legalidade ou culpabilidade.

A ausência de penas corporais permitiria, de forma proporcional, tal flexibilização, mas, segundo Silva-Sanchez, deveria manter elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do direito penal – o que seria atingido com a exigência de imposição por uma instância judicial penal, de modo que seria uma segunda velocidade do direito penal, e não de outro ramo do direito⁶⁴⁴.

Para o autor espanhol, em conclusão:

“(...) certamente existe, como mencionado no princípio, um espaço de expansão razoável do Direito Penal. O espaço de expansão razoável do Direito Penal da pena de prisão é dado pela existência de condutas que, por si sós, lesionam ou põem em perigo real um bem individual; eventualmente, cabe admitir o mesmo a propósito de bens supra-individuais, sempre que efetivamente lesionados ou colocados sob perigo real pela conduta do sujeito em concreto. Nesse âmbito, ademais, a razoabilidade da expansão requereria plena salvaguarda de todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia”⁶⁴⁵.

De modo concomitante, contudo, é possível admitir a expansão do direito penal – que, no caso, já está sendo observada e é praticamente irreversível – do direito penal até os delitos de acumulação, desde que, por outro lado, tais condutas, que estão distantes de um perigo real, impliquem uma sanção diferente da prisão. A

⁶⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 144-146.

⁶⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 147 e ss.

⁶⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 147.

avaliação de Silva Sánchez, contudo, é que esta exigência não vem sendo respeitada pelo ordenamento jurídico de diversos países, de modo que a expansão do direito penal vem carecendo, em sua opinião, da necessária razoabilidade político-jurídica⁶⁴⁶.

O autor espanhol, para concluir, indaga-se acerca de uma possível terceira velocidade do direito penal, no qual o direito penal admitiria uma forte relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, mas não abriria mão da pena de prisão. Para ele, tal velocidade já existe, e é, em ampla medida, observada no direito penal socioeconômico, mas deve ser reconduzida seja à primeira, seja à segunda velocidade.

Por outro lado, Silva-Sanchez admite que seria possível, talvez, manter uma terceira velocidade para outros grupos de delito, como o caso do terrorismo ou da delinquência sexual violenta e reiterada. Para ele, estes consistem em uma parcela excepcional do direito penal, que seria extremamente restrito – algo próximo da concepção do direito penal do inimigo, defendido por Jakobs. A admissibilidade de um direito penal excepcional, para o autor, encontra guarida no fato de que tais indivíduos abandonaram o direito de modo supostamente duradouro – por meio da reincidência, habitualidade, delinquência profissional e integração de organizações criminosas estruturadas -, justificando uma ampla antecipação da proteção penal.

Contudo, Silva Sánchez considera que não deveria haver um direito penal em sentido estrito de inimigos, e sim algum tipo de medida de segurança – dada a constatada periculosidade destes autores⁶⁴⁷. Ademais, este direito penal de terceira velocidade poderia se manifestar apenas como instrumento de abordagem de fatos de emergência, posto que identificado com a expressão de um direito de guerra, ocasião em que a sociedade, diante da situação de conflito excepcional, renuncia de modo extremo. A legitimidade estaria garantida apenas se houvesse uma absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia. Silva Sánchez afirma, entretanto, que esta é uma reflexão, na verdade, e que se trataria mais de um “não-direito” do que de um direito. Todavia, a avaliação do autor é de que, infelizmente, não se está observando racionalização ou legitimidade nessa face do direito penal, de modo que o direito penal do inimigo tende a estabilizar e a crescer, ainda que ilegitimamente⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 147-148.

⁶⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 148-149.

⁶⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal...* cit. p. 150.

Marta Rodriguez de Assis Machado, por sua vez, refere-se à classificação de Alberto Silva Franco, em interpretação à obra de Silva Sánchez, considerando que o autor espanhol se enquadra em um tipo de adepto à expansão moderada⁶⁴⁹. Afinal, embora ele recuse o apego ao tradicionalismo clássico, ao mesmo tempo, nega a adesão à flexibilização do direito penal.

A autora brasileira considera, ainda, que o principal problema identificado para Silva Sánchez não é, exatamente, a expansão do direito penal, mas sim a expansão da pena de prisão⁶⁵⁰. Para conter essa expansão, a divisão entre a primeira e a segunda velocidade seria indispensável, sendo que a primeira se trataria do direito penal nuclear e a segunda de um direito penal periférico.

A avaliação de Marta Machado, assim, é de que, para Silva Sánchez:

“(...) a função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição dá lugar a uma resposta simultaneamente funcional e garantista. De um lado, assegura-se o modelo clássico de princípios para o núcleo dos delitos e, de outro, a propósito das novas demandas dirigidas ao direito penal, se aceita a flexibilização de critérios de incriminação e dos princípios político-criminais, a fim de proporcionar uma tutela dita eficiente por meio de sanções alternativas”⁶⁵¹.

A perspectiva de Silva Sánchez acerca da expansão do direito penal na era pós-industrial é bastante relevante no presente trabalho, tendo em vista que se identifica com o contexto vivido na realidade brasileira, em especial no que concerne a lei penal nº 7.492/1986, criada exatamente neste momento de resposta estatal a uma necessidade conclamada pela sociedade de gestão de riscos financeiros.

O âmbito do sistema financeiro nacional, que implica um sistema ligado ao poder executivo, normalmente de gestão atribuída ao direito administrativo, ganha tutela penal, na medida em que a situação de instabilidade financeira gera na população uma sensação de que o Estado deva ser mais rigoroso com as atividades econômicas que possam colocar em risco seus interesses econômicos.

⁶⁴⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais...* cit. p. 194.

⁶⁵⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais...* cit. p. 195.

⁶⁵¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais...* cit. p. 197.

Contudo, os delitos criados no sei da referida lei antecipam a punição, flexibilizando preceitos penais clássicos, e admitindo uma imputação por perigo global, presumido, vinculado a condutas que, de forma isolada, não causam lesão ao sistema financeiro. A solução apontada por Silva Sánchez, se aplicada à referida lei, implicaria não uma supressão total da tutela do sistema financeiro ou da despenalização, mas uma adequação ao chamado direito penal de segunda velocidade, no qual é possível sim flexibilizar os preceitos clássicos do direito penal liberal, mas, contudo, abrir mão da pena de prisão, tornando-o assim mais proporcional e, conseqüentemente, mais legítimo.

Neste estudo, o marco do direito penal no seio do Estado Democrático de Direito é plenamente compatível com a solução de Silva Sánchez, que implica um freio ao exercício simbólico e ilegítimo do poder punitivo e, por sua vez, respeita os limites ao exercício do poder punitivo estatal à luz da Constituição.

3.3 Direito de Intervenção, de Winfried Hassemer

Winfried Hassemer, igualmente, rechaça a forma como a expansão penal vem sendo implementada pelos ordenamentos jurídicos hodiernos, desrespeitando preceitos clássicos liberais do direito penal. E, ao mesmo tempo, o autor alemão admite que, de fato, os complexos problemas sociais contemporâneos exigem, de fato, solução por parte do poder estatal. Diante disso, ele propõe, igualmente, uma alternativa para a inflação legislativa penal contemporânea, a qual possui, como uma de suas características notáveis, a forte presença de um caráter simbólico.

Assim, é possível, igualmente, adotar a proposta de Hassemer para a lei penal em estudo, nº 7.492/86, na medida em que esta se insere na tendência de criminalização de riscos de natureza econômico-financeira das últimas décadas.

Inicialmente, Hassemer parte de uma profunda e crítica reflexão acerca das perspectivas de uma moderna política criminal, na qual ele centra a questão da tendência do direito penal contemporâneo de tentar solucionar diversos problemas sociais, não como *ultima*, mas como *prima* e talvez até única *ratio*. Para ele, há diversas expressões desta tendência, e ela se insere em um contexto de sociedade

de riscos, abordada ao longo deste trabalho. O autor alemão identifica aspectos problemáticos desta tendência e sugere, por fim, o que denomina de *Direito de Intervenção*.

Em *Perspectivas de uma moderna política criminal*, Hassemer disserta sobre a moderna política criminal na Europa, alertando que espera que tais comentários possam ser aproveitados, igualmente, pela realidade brasileira. Segundo o autor alemão, a moderna política criminal tem exigido que o direito penal solucione os problemas da criminalidade contemporânea, mas isso não tem tido sucesso na prática. Para ele, o direito penal hodierno está muito mais ligado à política criminal do que à dogmática, sofrendo intensas pressões da sociedade moderna, sem o necessário acompanhamento técnico e racional⁶⁵².

Tais pressões sociais encontram, ainda, suporte no papel da mídia, que por sua vez, não revela os fatos de maneira suficientemente clara, distorcendo a percepção popular. Para Hassemer, é necessário proceder pesquisas empíricas mais detalhadas para concluir algo neste aspecto, mas propõe dois questionamentos: é válido o que se diz respeito do desenvolvimento da comunidade? Com que exatidão o direito penal pode, de fato, responder à criminalidade moderna?⁶⁵³

O representante da Escola de Frankfurt ressalta que a criminalidade organizada, econômica, ecológica, dos bancos internacionais, são a grande preocupação política, em todo o mundo. E, para ele, tal tipo de criminalidade torna um problema ainda mais grave quando se relaciona com uma corrupção da legislatura, magistratura, ministério público e política, o que revela um tipo de paralisação estatal⁶⁵⁴ e, certamente, seletividade e injustiça, que freiam o combate às condutas ilícitas.

Segundo a avaliação de Hassemer, o legislador contemporâneo, em termos de política criminal moderna, tende a reagir aos problemas sociais de maneira simbólica.

⁶⁵² HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 8, out-dez, pp. 41-51, 1994. p. 41.

⁶⁵³ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 42.

⁶⁵⁴ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 42. Nesse caso, interessante destacar que grandes organizações criminosas, detentoras de significativo poder econômico e político, são capazes de se tornar imunes à atuação da justiça, justamente por sua influência. Isso pode implicar a pressão para leis mais benéficas, para arquivamentos de investigações e denúncias, absolvições, acordos, dentre outros, a serviço desses grupos, o que incorre em grande seletividade.

Para ele, os instrumentos legais utilizados não são aptos para lutar de modo efetivo e eficiente contra a criminalidade real, tornando-se, assim, simbólicos. E, inclusive, o próprio legislador estaria ciente da ineficácia da política adotada, simulando estar inquieto e preocupado, reagindo, imediatamente, diante do “grande problema da criminalidade”.

A reação meramente simbólica, para Hassemer, trata de uma política desonesta, que acaba contaminando todo o direito penal como meio de controle social⁶⁵⁵. Sendo assim, para o pensador crítico alemão, a dogmática penal se situa no paradoxo: romper com sua tradição normativa e de proteção jurídica para se tornar um meio de eficiência e luta ou conter o grito de avanço do direito penal moderno.

A especial distinção da configuração da criminalidade moderna, em comparação com a clássica, reside em características peculiares, para o autor alemão. No caso específico da criminalidade econômica, que sempre existiu, o foco passa de uma lesão concreta ao patrimônio ou à fidelidade econômica a um tipo de criminalização organizada, sem vítimas individuais. Desloca-se a atenção, portanto, para o Estado, de modo que os indivíduos são atingidos de modo meramente abstrato, presumido, ou mediamente. Outras características, igualmente destacadas anteriormente⁶⁵⁶, são a reduzida visibilidade dos danos causados, recorrendo-se aos bens jurídicos supra-individuais e a acessoriedade administrativa⁶⁵⁷.

Para Hassemer, a reforma moderna do direito possui uma configuração específica:

“A reforma moderna do Direito Penal concentra-se em dois aspectos: primeiro, no aspecto especial do Direito Penal e no Direito Penal acessório. Existe uma nova criminalização e um aguçamento das medidas. Este é o campo e esta é a tendência”⁶⁵⁸.

No caso do direito penal material, na parte especial, nota-se, assim, o alargamento da moldura penal, por meio da criação de novos tipos penais e pelo

⁶⁵⁵ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 43.

⁶⁵⁶ Vide ponto 1.2 da dissertação.

⁶⁵⁷ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 44.

⁶⁵⁸ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 45.

recrudescimento das penas; a expansão territorial da criminalização e a utilização de delitos de perigo abstrato⁶⁵⁹.

Não pode ser, tampouco, desconsiderada, a mudança relativa ao direito penal formal ou processual penal, que implicam um aguçamento do sistema investigativo, com a utilização de técnicas e estratégias inexistentes anteriormente, como a transação penal⁶⁶⁰. Tais adaptações, por sua vez, não se encontram dissociadas do processo de expansão no direito penal especial. Pelo contrário, para Hassemer, elas se explicam justamente pelo fato de que a nova criminalidade recebeu tantas incumbências, que o direito penal formal se viu obrigado a se flexibilizar para conseguir corresponder às expectativas de incriminação.

A posição pessoal do autor crítico alemão, Hassemer, é de que a política criminal, ainda que com feições modernas, não pode renunciar a determinados princípios clássicos do direito penal⁶⁶¹. Para ele, há quatro principais problemas da política criminal moderna, que devem ser colocados sob questionamento, para que se adote as devidas adaptações.

O primeiro problema, referente à eficiência da atuação do direito penal, é o *déficit* de execução, posto que, para Hassemer, o direito penal moderno não vem funcionando direito, ou seja, não está cumprindo sua função de proteção do bem jurídico e de prevenção do delito. Isso porque ele é altamente seletivo, sendo observada uma punição apenas dos “peixes pequenos”, jamais dos “chefões”; e porque a maior parte dos processos são encerrados com acordo, e não com sentença criminal – contando com mais negociações e arquivamentos do que com decisões jurídicas. Isso se trata de *déficit* de execução, pois, sob uma análise geral, pune-se um entre milhares, mas os grandes saem sempre ilesos⁶⁶².

⁶⁵⁹ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 45-46.

⁶⁶⁰ Modelo semelhante consta do projeto de novo código de processo penal, no Brasil, sofrendo duras críticas de especialistas em processo penal. Neste sentido, vide PRADO, Geraldo. *Poder negocial (sobre a pena)*, *Common Law e Processo penal brasileiro: meta XXI, em busca de um milhão de presos*. Disponível em <<http://emporiiodireito.com.br/poder-negocial-sobre-a-pena-common-law-e-processo-penal-brasileiro-meta-xxi-em-busca-de-um-milhao-de-presos-por-geraldo-prado/>>.

⁶⁶¹ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 48.

⁶⁶² HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 49.

O segundo problema identificado por Hassemer refere-se à violação do princípio clássico de individualização da pena, pois, para ele, a pena justa e individualizada nunca é, efetivamente, aplicada, em especial devido ao fato de que não se consegue punir todo um grupo ou organização, e quando isso é possível, não se sabe, com precisão, a relevância da participação de cada um⁶⁶³.

O terceiro e grave problema apontado pelo autor é o do total abandono da essencial garantia do *in dubio pro reo*, que, devido ao fato de serem delitos com grande dificuldade de configuração e prova, amplia-se sempre a culpabilidade, no caso concreto, condenando sem a devida certeza necessária⁶⁶⁴.

Por fim, o autor menciona o problema da ausência do juízo de certeza, pois o direito penal vem se modernizando sem levar em consideração princípios como a taxatividade – a legislação e seus complementos são confusos, obscuros e de difícil observância⁶⁶⁵.

A conclusão de Hassemer⁶⁶⁶, por ocasião deste artigo, é de que o direito penal tem que abrir mão das tais partes modernas problemáticas por ele analisadas, retornando ao seu aspecto clássico central:

“Mas o que dá para fazer nessa situação? A minha recomendação tem dois aspectos.

Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal formal.

Estes bens e direitos devem ser definidos da forma mais precisa possível. Acho também que o Direito Penal, no fim de contas, estará disponível para os delitos mais graves, mas não para esse novo campo da criminalidade”⁶⁶⁷.

⁶⁶³ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 49.

⁶⁶⁴ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 49.

⁶⁶⁵ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 49.

⁶⁶⁶ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 49-50.

⁶⁶⁷ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 49.

Diante de tais ponderações, Hassemer sugere, finalmente, aquilo que denomina Direito de Intervenção, um ramo que estaria localizado entre o direito penal, direito administrativo, direito dos atos ilícitos no campo do direito civil, direito fiscal, e que poderia usar determinados elementos para lidar com a criminalidade moderna, de modo que seria, verdadeiramente, eficiente, e não meramente simbólico⁶⁶⁸.

Trata-se de um ramo do direito, que diferentemente do direito penal nuclear, poderá se voltar de modo contundente às pessoas jurídicas, bem como poderá atuar de forma preventiva, já que a criminalidade moderna não implica necessariamente danos, mas sim riscos⁶⁶⁹. O direito de intervenção faria frente ao direito penal, pois enquanto o direito penal sempre se orientou à repressão, que aparece tardiamente, o direito de intervenção poderia agir antes, ou seja, preventivamente, evitando, de fato, grandes danos futuros⁶⁷⁰.

O fato de que o direito penal possui a sanção mais severa não implica, necessariamente, que ele tenha maior potencial dissuasivo, ou que ele promova, efetivamente, a proteção de um bem jurídico. A severidade é totalmente mitigada pelo *déficit* de execução, o que faz com que ele não funcione. Ademais, um fator que não pode ser esquecido, do ponto de vista político, é que o direito penal tem baixo custo político e econômico, tornando-se atraente instrumento para o poder legislativo, que responde imediatamente ao clamor popular, sem necessitar de grandes questionamentos ou investimentos no sentido da eficiência⁶⁷¹. A ponderação final e sugestão de Hassemer é que:

⁶⁶⁸ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 49.

⁶⁶⁹ Para Hassemer, a “criminalidade moderna” não é um caso de danos, é um caso de riscos. “Normalmente nem se chega a produzir um dano, ou o dano ocorre quando é tarde demais. Assim, esse campo do direito pode reagir o perigo, ao risco, precisa ser sensível diante da mínima mudança que pode desenvolver e transformar-se em grandes problemas”. Hassemer, *Perspectivas de uma moderna...* HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 49.

⁶⁷⁰ É importante pensar em algumas reformas estruturais, ao invés de se concentrar na mera criação de novos delitos. No tocante à corrupção, por exemplo, uma reforma política que impedisse o financiamento privado de campanha poderia atuar muito mais preventivamente, por exemplo, do que a mera sanção penal, *a posteriori*.

⁶⁷¹ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 50. Interessante mencionar o caso brasileiro do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão administrativo de controle econômico, que, após período de vigência apenas penal de combate aos delitos contra a concorrência, foi criado órgão administrativo e regulador do tema, que requereu altos investimentos e especialização, mas hoje conta com uma atividade preventiva muito mais eficiente do que qualquer tipo de sanção penal. Outro ponto que pode ser mencionado para ilustrar o *déficit* de execução do direito penal moderno, em especial o econômico,

“(...) retirando as garantias do direito penal – por meio de seus princípios fundamentais – eliminaremos a potência protetora jurídica e teremos instrumentos que não servirão para nada, porque estarão mal localizados, e por isso sugiro que se reflita sobre outras reações do direito⁶⁷²”.

Uma segunda manifestação acerca do mesmo assunto feita pelo catedrático de Frankfurt se deu no artigo *Perspectivas del derecho penal futuro*, no qual, mais uma vez, Hassemer destaca as reformas do direito penal moderno nos âmbitos material e processual, o que reforça o clima social e político, de modo geral, nos países ocidentais.

Para ele, a reforma do direito penal, que se dá de forma expressiva na parte especial, mas não na geral, do direito penal, implica também alterações do ponto de vista da estrutura do delito. A forma delitiva do perigo abstrato conjugada com o bem jurídico universal vagamente configurado aumentam a flexibilidade e potencialidade da intervenção penal, diminuindo não apenas as possibilidades de defesa, mas também a crítica dos excessos do legislador⁶⁷³.

Do ponto de vista do direito processual penal, Hassemer destaca que a instrução conta com mais intervenção nas comunicações, vigilância permanente, policiais infiltrados, dentre outros, sendo que, com isso, há uma desformalização nas fronteiras entre o direito processual penal propriamente dito e a atuação da polícia, o que causa enorme prejuízo à defesa, que não possui a certeza da atuação das instituições envolvidas no sistema penal⁶⁷⁴.

O direito penal, enfim, ganha uma dimensão mais ampla, passando a ser a *prima* ou até mesmo a *sola ratio*, com discurso de erradicar os grandes problemas que

é o fato dos mesmos atores do cenário ilícito serem altamente reincidentes, como no caso do Banestado, Mensalão e Lava Jato, que contam com diversos protagonistas idênticos, demonstrando que apesar do grande impacto na mídia e demonstração de severidade judicial, o que ocorre é que esses agentes continuam no mesmo ramo da criminalidade organizada, independente da suposta atuação do direito penal.

⁶⁷² HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais... cit. p. 51. Com efeito, a sugestão de Hassemer é bastante louvável do ponto de vista da compatibilidade entre evolução das necessidades sociais e do direito. Se, até hoje, havia direito penal, direito civil, direito administrativo, dentre outros, tendo sido criados historicamente para responder a necessidades sociais, por que não se pode pensar em um outro ramo do direito, tendo em vista os desafios da sociedade moderna?

⁶⁷³ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. In Revista penal, Barcelona, n.1, pp. 37- 41, 1998. p. 37.

⁶⁷⁴ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*... cit. p. 38.

ameaçam a sociedade – em especial o meio ambiente e o sistema econômico. O discurso é altamente simbólico, com uma crença exagerada na atuação deste sistema, que outrora possuía feições mais limitadas e apenas repressiva.

No que concerna às teorias dos fins da pena, para Hassemer, na Alemanha há ampla crença na prevenção geral positiva, o que reforça a visão do direito penal como “solução de grandes problemas sociais”. Afinal, diferentemente das teorias negativas, que visam uma intimidação ou ameaça da execução penal dos sujeitos com potencial para delinquir, as teorias positivas visam uma estabilização a longo prazo da confiança dos cidadãos na suposta inviolabilidade da ordem jurídico-penal. Assim, não se busca uma comprovação empírica da capacidade preventiva da pena, e sim se promove o discurso sobre a estabilização da confiança normativa – o que tem grande teor simbólico. Fomenta-se, assim, a ideia de que a pena é útil, apesar do seu *déficit* de operatividade, o que é compatível com o que Hassemer chama de um “*clima de confiança cega no poder de eficácia do direito penal como instrumento de solução de problemas*”⁶⁷⁵.

Hassemer destaca, mais uma vez, que não se pode esperar passivamente a chegada de um direito penal do futuro, sendo necessário pensar em contribuir com ele, dando-lhe forma, e ressaltando quais são os elementos irrenunciáveis de sua vinculação com o Estado de Direito⁶⁷⁶. Afinal, as garantias consagradas no paradigma do Estado de Direito desempenham a função de limitar as intromissões e dosá-las, conforme pressupostos determinados, impedindo autoritarismos, excessos e abusos.

O sistema penal moderno, contudo, vem abrindo mão dos princípios de proporcionalidade e culpabilidade, na medida em que persegue objetivos preventivos e se dispõe a alcançar suas consequências a qualquer custo – o que ganha apoio popular com a atuação enviesada da mídia. A fim de não se renunciar à rigidez das garantias necessárias ao direito penal, Hassemer menciona, então, as possibilidades de solução.

A primeira delas, defendida por alguns autores na Alemanha, trata de uma defesa absoluta de tais garantias, de modo que o direito penal não pode expandir sua função preventiva à custa delas. Essa primeira perspectiva é rechaçada pelo crítico

⁶⁷⁵ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro...* cit. p. 38.

⁶⁷⁶ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro...* cit. p. 39.

da escola de Frankfurt, para quem o direito penal “*não é um castelo carente de proteção*”, e sim um modelo de conduta teórico-prático de controle formal sobre os comportamentos desviados, sendo cabível uma renovação teórica, diante da incorporação de circunstâncias gerais e político-jurídicas que se modificam socialmente. Para ele, a postura adequada não é a defesa do que existia, e sim o ataque, repensando possibilidade de adaptação das teorias. Não significa esperar um direito penal moderno passivamente, nem rechaça-lo integralmente. Defender um direito penal “puro” seria infrutífero, sendo que o ideal seria criar-se alternativas⁶⁷⁷.

Desta vez, contudo, Hassemer acrescenta que nesta tarefa não é suficiente que se atuem somente dogmáticos penais, sendo indispensável a participação de criminólogos e especialistas em execução penal, capazes de promover uma total racionalização do sistema penal moderno. Para ele, a ciência do direito penal deve conhecer com precisão as possibilidades de solução dos problemas, utilizando-se para tal a distinção dos fins simbólicos e instrumentais do direito penal, que são atribuídos empírica e normativamente.

O *Interventionsrecht*, ou direito de intervenção, conclamado pelo crítico alemão, ainda se trata de um conjunto de instrumentos em gestação, carente de desenvolvimento teórico. Mas ele se adianta, afirmando que são indispensáveis as seguintes propriedades:

“(...) aptitud para solucionar el problema antes de que se produzcan los daños (capacidad de prevención); disponibilidad no sólo sobre los medios de actuación o su uso, sino también sobre los de control y dirección; cooperación de demarcaciones hasta ahora bastante separadas: Derecho administrativo, infracciones administrativas, Derecho de responsabilidad por daños derivados de hechos ilícitos, Derecho sanitario, Derecho de medicamentos, Derecho fiscal, Derecho del trabajo, cuyas garantías son aplicables a las posibilidades de actuación derivadas de este Derecho de intervención”⁶⁷⁸.

Para Hassemer, com a criação do direito de intervenção, o direito penal poderá continuar tutelando os bens que lhe tangem, mantendo seus princípios e garantias intactos – ainda que inclua bens coletivos, desde que esses realizem os interesses dos cidadãos, na condição de permitir a vida em sociedade.

⁶⁷⁷ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro...* cit. p. 40.

⁶⁷⁸ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro...* cit. p. 40.

Outra observação feita pelo autor alemão é que a internacionalização de legislações e teorias é uma tendência inevitável, devendo contar com o comprometimento dos penalistas com esse processo. E, por fim, ele ressalta que é possível, com o direito de intervenção, oferecer uma alternativa diferente da perspectiva do direito penal clássico e de suas garantias, que em geral focam exclusivamente o autor do delito – que é cidadão e deve sofrer a imposição da sanção penal apenas em casos estritamente necessários. Seria possível, assim, fazer com que o direito de intervenção colocasse a vítima no papel central de suas preocupações, seja por meio da reparação de danos, seja preocupando-se, de fato, com toda a coletividade, que é a titular dos bens coletivos que serão tutelados por este ramo de intervenção estatal. Com isso, segundo ele, será possível responder de modo mais adequado aos problemas sociais apresentados pela modernidade.

A tensão existente entre os dois sujeitos do delito, ativo e passivo, que normalmente colocam a teoria do direito penal em um “beco sem saída” – ou se pensa em um ou no outro -, não ocorrerá no direito de intervenção, em especial porque seria possível dar mais atenção à vítima e à reparação de seus danos, sem, contudo, impor a famigerada e penosa privação de liberdade aos autores⁶⁷⁹.

Contribuindo com a interpretação da proposta de Hassemer, Marta Machado considera que a proposta do autor alemão diverge do modelo anteriormente apresentado, de Silva Sánchez⁶⁸⁰, na medida em que não se refere a uma área diferenciada dentro do próprio direito penal – velocidades do direito penal -, mas sim remete a um novo campo jurídico, ao qual ele chama direito de intervenção⁶⁸¹. Para a autora, Hassemer sugere a criação de um sistema de direito novo, “*livre das rigorosas exigências principiológicas e formalidades para atribuição de responsabilidades; mais apto, portanto, para lidar com as situações da sociedade de risco*”⁶⁸².

Por sua vez, Ana Carolina de Oliveira, em *Hassemer e o direito penal brasileiro – direito de intervenção, sanção penal e administrativa*, explora minuciosamente a proposta de Hassemer e assevera que:

⁶⁷⁹ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro...* cit. p. 41.

⁶⁸⁰ Vide ponto 3.2 desta dissertação.

⁶⁸¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal...* cit. p. 197.

⁶⁸² MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal...* cit. p. 197.

“O Direito de Intervenção, conforme Hassemer, não é um Direito Penal mais brando, ou um mero Direito Administrativo. Representaria uma nova resposta qualitativa à criminalidade moderna que se apresenta hoje ao Direito Penal, e não somente um aumento quantitativo no âmbito das sanções. Deveria esse novo ramo estender-se sobre o Direito Tributário e outros instrumentos de influência sobre os mercados e sobre as decisões econômicas, impondo normas de controle, multas, e obrigações de ressarcimento de danos”⁶⁸³.

Ademais, Ana Carolina de Oliveira ressalta que, de fato, a proposta do Direito de intervenção de Hassemer foi traçada apenas em linhas gerais, sendo que o próprio autor alemão admite que não se trata de um anúncio de verdade ou solução definitiva, mas sim de um começo de discurso, de uma nova atitude, enfim, diante de uma situação real de novas perspectivas⁶⁸⁴. Sob o ponto de vista do penalista, assim como da autora brasileira, essa alternativa teria como consequência livrar o direito penal de um uso instrumental e aleatório, eminentemente simbólico⁶⁸⁵. Tudo isso orientado, afinal, pela posição de que a crítica da doutrina deve ser mais proativa, oferecendo possibilidades diferentes de contenção de danos e da criminalidade de modo legítimo, ainda que sob a forma de esboços teóricos.

Embora não haja na bibliografia uma manifestação expressa do autor alemão Winfried Hassemer no tocante à lei nº 7.492/86, ora em estudo, é possível sugerir que a proposta do direito de intervenção sirva, também, para a contenção da face simbólica da referida lei.

Isso porque se trata de uma lei cujo discurso preventivo dirige-se à tutela do Sistema Financeiro Nacional e da base econômico-financeira do país. Ora, se se constata que, de fato, a lei serve à proteção de funções estatais, e se insere em um contexto de expansão penal, próprio do direito penal moderno, em que se tutela supostos bens coletivos, excessivamente genéricos, e condutas de perigo abstrato, dificilmente auferíveis em termos empíricos, infere-se que é necessário buscar uma solução diversa da atual, que se resume à sanção penal.

A proposta de Hassemer, embora inacabada, permitiria que desse um tratamento multidisciplinar ao domínio do sistema financeiro, com a preocupação com

⁶⁸³ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro. Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa...* cit. p. 62.

⁶⁸⁴ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro. Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa...* cit. p. 62-63.

⁶⁸⁵ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro. Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa...* cit. p. 62-63.

a efetiva prevenção – e não com normas reativas. Prevenção por meio de regulações, fiscalizações, sanções administrativas, reparações de danos, responsabilidade de empresas, dentre outras, por um ramo de direito que não se configura com a mesma rigidez, nem tampouco com a mesma reatividade do direito penal. Trata-se, enfim, de uma ideia incipiente, porém bastante promissora, do ponto de vista da eficiência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como objetivo principal deste trabalho, foi analisada a lei nº 7.492/86, que instituiu os delitos ditos contra o Sistema Financeiro Nacional, buscando-se questionar e denunciar seu aspecto simbólico, em dissonância com a alegada função instrumental preventiva do direito penal e protetiva de bens jurídicos.

Essa análise é necessária na medida em que se orienta pela perspectiva crítica da expansão do direito penal moderno, que tem sido denunciado como tendência temerária da política criminal de tutela de riscos, distante dos pressupostos do direito penal liberal em consonância com o Estado Democrático de Direito.

O estudo visou contribuir com o exame da legislação criminal recente, que tem surgido em meio à criação de leis penais especiais simbólicas, irracionais, ineficientes. Leis que apaziguam a opinião pública, mas que não correspondem aos efetivos propósitos a que se destina, em especial a alegada proteção de bens jurídicos.

Inicialmente, foi efetuado exame sobre os conceitos de direito penal simbólico, em oposição à função instrumental do direito penal. Para tal, foram abordadas as visões críticas da escola de Frankfurt, em especial do penalista alemão Winfried Hassemer e do brasileiro Juarez Tavares, que vêm analisando a expressão simbólica e ineficiente do direito penal na modernidade. A preocupação dos penalistas críticos direciona-se à irracionalidade da atuação do poder legislativo, cuja criação de leis penais têm se voltado à resposta de reclames populares, sem se ater aos verdadeiros limites liberais e constitucionais do exercício do poder punitivo.

Em seguida, foi feita uma exposição acerca das posições dos penalistas contemporâneos sobre a expansão do direito penal na sociedade dos riscos. Esta avaliação reside na compreensão de que, atualmente, tem-se presenciado uma inflação legislativa penal, voltada à tutela de riscos, em especial nos âmbitos econômico, ambiental e de segurança da saúde. Trata-se de uma tendência político-criminal que vem sendo observada nos países da Europa, mas também na América Latina, sendo detectado, igualmente, no Brasil. Tal política criminal, contudo, vem sendo alvo de diversas críticas, em especial daqueles que consideram que o direito penal moderno tem desrespeitado a referência de proteção de bens jurídicos e reação

a danos concretos, cuidando, cada vez mais, de riscos genéricos de interesses coletivos.

Para testar, afinal, se a lei em questão, nº 7.492/86, se enquadra nesta tendência político-criminal moderna, foi, então, resgatado o intenso debate sobre a teoria do bem jurídico e sua aplicabilidade como limite aos limites punitivos e como proteção de bem jurídico. Adotou-se, como referência, a teoria pessoal do bem jurídico, segundo a qual os bens jurídicos coletivos devem dirigir-se, funcionalmente, para o interesse da pessoa humana. Como desdobramento desta perspectiva, foi igualmente analisada a perspectiva relativa à tutela de funções pelo direito penal, que se opõe à ideia pessoal do bem jurídico, e se direciona à suposta proteção de funcionamento de sistemas estatais, cuja tutela, a princípio, seria própria do direito administrativo.

Foi, então, analisada a lei penal em estudo, nº 7.492/86, a partir destes conceitos, chegando-se à conclusão de que se trata de uma lei destinada, primordialmente, à tutela de funções, em especial a do controle de informações destinadas ao bom funcionamento do sistema financeiro nacional, o que foge do escopo alegado do direito penal, de proteção de bens jurídicos.

Notou-se, igualmente, que a lei penal também protege o patrimônio privado e público daqueles que investem nas instituições financeiras que compõem o Sistema Financeiro Nacional.

Em síntese, do exame realizado, depreendeu-se que apenas os tipos dos artigos 2º, 4º, 5º, 7º, 8º, 13, 16 e 23, da Lei nº 7.492/86 referem-se a autênticos bens jurídicos penais, a saber, o patrimônio e a administração pública – no caso do artigo 23. Os demais, a saber, artigos 3º, 6º, 9º, 10, 11, 12, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21 e 22 limitam-se a tutelar funções de caráter administrativo, notadamente a função do controle de informação.

Diante disso evidencia-se o caráter simbólico do mencionado diploma legal. Ao se priorizar a tutela de funções estatais, a lei em comento claramente divorcia-se da alegada função instrumental do direito penal que seria a proteção de autênticos bens jurídicos, que, sob a perspectiva da teoria pessoal, teriam a função precípua de atender interesses da pessoa humana.

Foi possível, ainda, fazer um resgate das posições doutrinárias e da jurisprudência nacional, que, por sua vez, de forma significativa, receberam e

legitimaram a lei penal em questão, adotando conceitos como “bom funcionamento do sistema financeiro nacional”, “higidez do sistema financeiro nacional” ou “equilíbrio da balança cambial” como se fossem legítimos bens jurídicos.

Na sequência, foi analisada a ineficiência da lei em estudo para os propósitos a que se dispõem, em especial tomando-se como referência a teoria da sociedade dos riscos, do sociólogo alemão Ulrich Beck, para quem as sociedades contemporâneas tem vivenciado riscos provenientes do desenvolvimento tecnológico e da globalização econômica, de diversas naturezas, pugnando por intervenção estatal para a contenção de referidos riscos. O que ocorre, contudo, é que a complexidade dos riscos impede que a mera sanção de uma conduta isolada seja suficiente para a contenção destes. E, ademais, a dinâmica dos riscos impede a precisão de relações de causa e efeito ou mesmo de causação de dano ou desequilíbrio, o que é incompatível com a proposta do direito penal liberal, que exige a obediência a princípios como da culpabilidade e do nexo de causalidade.

Ao que tudo indica, a lei em estudo está tomada por forte apelo simbólico, o que se depreende de seu discurso de tutela da função estatal de equilíbrio ou bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, do déficit de eficiência de tutela dos interesses a que se propõe, das altas cifras negras que implicam sua aplicação, da seletividade de sua execução e pela forma como surgiu com o objetivo de apaziguar uma opinião popular, sustentada pela mídia, de necessidade de incriminação de uma parcela específica de delinquentes, conhecidos como *criminosos do colarinho branco*.

Diante das conclusões obtidas acerca da lei penal nº 7.492/86, foram abordadas, enfim, as propostas de solução para a contenção da expansão do direito penal por meio da criminalidade moderna.

A primeira solução seria o retorno da legislação penal exclusivamente ao direito penal nuclear, deixando-se os comportamentos que impliquem mera desobediência ou que não consistam em condutas verdadeiramente lesivas ou de perigo concreto para bens jurídicos para o direito administrativo.

A segunda solução seria a via sugerida pelo penalista espanhol Silva Sánchez, que implica na adoção do direito penal de duas velocidades, sendo que a primeira seria àquela atenta aos pressupostos incriminadores clássicos, podendo incorrer em pena de prisão; e a segunda seria própria da criminalidade moderna, abrindo-se mão

da rigidez própria dos delitos do direito penal nuclear, mas, ao mesmo tempo, renunciando à pena de prisão.

A terceira solução, enfim, sugerida pelo alemão Winfried Hassemer, implicaria a utilização de um ramo novo do direito, ao qual o autor chama de Direito de Intervenção. Trata-se de uma ideia incipiente, que contaria com o direito penal, direito administrativo, direito civil, fiscalização, reparação de danos, dentre outras características, a fim de se promover, verdadeiramente, uma prevenção, no tocante a interesses próprios do direito penal moderno, tais como economia e meio ambiente. Este estudo entendeu por bem aderir à referida corrente, por entender que ela corresponde às exigências do Estado de Direito e à concepção de um direito penal liberal.

A presente dissertação visou contribuir para os estudos relativos à limitação do exercício do poder punitivo estatal, em especial em sua expressão arbitrária, irracional e simbólica, na medida em que analisa uma lei em vigência no Brasil, criada no contexto da expansão penal própria da política criminal contemporânea de tutela de riscos. Trata-se de uma lei que se mostra relacionada com a política criminal de gestão de riscos, tendência intensamente criticada por grandes penalistas da atualidade.

Pretendeu contribuir, igualmente, para o reforço de uma doutrina que clama por mais racionalidade da produção legislativa, que, por sua vez, vem se mostrando fruto de mero exercício de poderes e interesses, altamente vulnerável a pressões de caráter popular e midiático.

A avaliação promovida pelo estudo é, afinal, de que o Brasil se insere no contexto político criminal contemporâneo de simbólica criminalização de riscos, a despeito dos preceitos do direito penal liberal, orientado pela Constituição. E, igualmente, de que é necessário promover-se profundo exame das leis penais aqui vigentes, para, ao reconhecer a expressão do direito penal simbólico, finalmente exigir-se a racionalização da criação legislativa, limitando-se o poder punitivo estatal.

REFERÊNCIAS

AMELUNG, Knut. *El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 227-264.

BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In Revista Brasileira de Ciências Penais, São Paulo, n. 05, p. 05-24, jan./mar. 1994.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

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 União, 16 jun. 1986.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECK, Ulrich. *A sociedade dos riscos: rumo a outra modernidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: 34, 2011.

BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BÖSE, Martin. *Derechos fundamentales y derecho penal como ‘derecho coactivo’*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 137-146.

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

BRANDT, Karsten et all. *Criminalización más allá del dogma del bien jurídico*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 433-440.

BRODT, Luis Augusto. *O conceito do bem jurídico como limite ao poder punitivo – um estudo sobre a concepção pessoal do bem jurídico aplicado ao delito econômico*. No prelo.

BUNZEL, Michael. *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidade como límite de la protección de bienes jurídicos en la soecidade de la información*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 147-176.

BUNZEL, Michael; SCHMIDT, Juana; STOLLE, Peter. *Primera sesión. Protección del bien jurídico y harm principle. In* HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 417-424.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Política criminal y estado. In* Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Ramón Casabó Ruiz. 1º Vol. Institut de Criminologia. Universitat de València. Valencia. 1997.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Principios fundamentales de un derecho penal democrático. In* Revista de Ciencias Penales, Costa Rica, março de 1994, ano 5, Nº 8.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil - estudo criminológico e dogmático*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492 de 16.06.86)*. Florianópolis: UFSC, 1996. 467 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996.

CAUCHIE, Jean-François et KAMINSKI, Dan Kaminski. «L'innovation pénale: oxymore indépassable ou passage théorique obligé ?», *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* (online). Séminaire Innovations Pénales, Introduction. Disponível em <<http://champpenal.revues.org/1353>>.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 25 de março de 1983, p. 1018-1.019. In <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25MAR1983.pdf>>.

EDITORIAL. *Anistia para evasão de divisas: impunidade ou cidadania fiscal?* In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 221, p. 01, abr., 2011.

FELIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado pelo crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho Penal Mínimo e bienes jurídicos fundamentales*. Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciências Penales de Costa Rica. Vol. 5, março/junho, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito y imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría*

del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos? Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 309-340.

GAEDE, Karsten. *Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo del fraude de subvenciones.* In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 265-281.

GAEDE, Karsten; MÜHLBAUER. *Protección de bienes jurídicos y problemas de imputación.* In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 425-432.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HASSEMER, Winfried. *A preservação do Ambiente Através do Direito Penal.* In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 22, pgs. 27-35.

HASSEMER, Winfried. *Bienes jurídicos en el derecho penal.* In Estudios sobre Justicia Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, pgs. 63-74.

HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno Direito Penal.* In Revista de Estudos Criminais, ano 2, n. 8, pgs. 54-68.

HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos.* In Varios Autores. Pena y Estado. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-36.

HASSEMER, Winfried. *Descriminalização dos crimes de drogas. Direito penal. Fundamentos, estrutura, política.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

HASSEMER, Winfried. *Estudios sobre Justicia Penal.* Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico.* In Doctrina Penal: Teoría y Práctica em lãs Ciências Penales, ano 12, números 45 a 48, pgs. 275-283.

HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal.* In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 8, out-dez, pp. 41-51, 1994.

HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. In *Revista penal*, Barcelona, n.1, pp. 37- 41, 1998.

HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 95-104.

HEFENDEHL, Roland. *De largo aliento: El concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 459-475.

HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 179-196.

HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. *Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 409-414.

HÖRNLE, Tatjana. *La protección de sentimientos en el StGB*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 383-399.

HIRSCH, Andrew von. *El concepto de bien jurídico y el "principio del daño"*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 37-52.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 285-308.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/acoes_projeto_legislativo>

KAHLO, Michael. *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva em Derecho penal*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 53-68.

KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. In Revista discursos sediciosos – crime, direito e sociedade nº 1, ano 1, 1º semestre 1996, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, p. 79-92.

LAGODNY, Otto. *El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p.129-136.

MACHADO, Maíra Rocha; GIMENES, Marta Cristina C. Saad; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). *A aplicação da lei n.7492/86 nos tribunais regionais federais e no superior tribunal de justiça*. In Cadernos Direito GV, v. 7, n. 1, Janeiro de 2010. Direito GV, São Paulo.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. São Paulo: Mandamentos, 1996.

MALAN, Diogo. *Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986*. In BOTTINO, Thiago. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier/GV, p. 37-58, 2012.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. 1843. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARTY, D. Mireille. *Les grands systèmes de politique criminelle*. Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. In Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin. J. M. Silva Sanchez (ed.) Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997. p. 113-142.

MUÑOZ CONDE, Francisco José. *Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar*. In Vários Autores, Cuadernos de filosofia del derecho. N° 15-16, páginas 1025-1050.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro. Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do Direito Penal*. São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2002.

PERUCHIN, Vitor Antonio Guazzelli. *O crime de Evasão de Divisas: Dificuldades Definitoriais e de Controle*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Ciências Criminais. 2006

PHILIPPE, Mary. *La critique de la critique: un fondement problématique de l'innovation pénale*. In Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie (online) Séminaire Innovations Pénales, Contribution de clôture. Disponível em <<http://champpenal.revues.org/2691>>.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1987.

PINHO, Débora. *O crime que fez mudar a lei de crimes hediondos*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-09/imagens-historia-crime-fez-mudar-lei-crimes-hediondos>>. Acesso em março de 2016.

PRADO, Geraldo. *Poder negocial (sobre a pena), Common Law e Processo penal brasileiro: meta XXI, em busca de um milhão de presos*. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/poder-negocial-sobre-a-pena-common-law-e-processo-penal-brasileiro-meta-xxi-em-busca-de-um-milhao-de-presos-por-geraldo-prado/>>. Consultado em julho de 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009.

RIPOLLÉS, José Luiz Diéz. *A racionalidade das leis penais: Teoria e Prática*. Trad. Luiz Regis Prado. Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 2012.

RIPOLLÉS, José Luiz Diéz. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXV, núm. 103, janeiro – abril, 2002, pp. 409-447.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 443-458.

SALAS, Denis. *La République pénalisée*. Paris, Hachette, 2006.

SALAS, Denis. *La volonté de punir. Essai sur le populisme penal*. Paris, Hachette, 2005.

SALAS, Denis et GARAPON, Antoine. *Les nouvelles sorcières de Salem: Leçons d'Outreau*. Paris, Seuil, 2006.

SCHULENBURG, Johanna. *Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito y imputación objetiva*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 349-362.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 197-226.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SEELMANN, Kurt. *El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 373-382.

SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 69-92.

SIDI, Ricardo. *Evasão de divisas como crime antecedente de lavagem de capitais*. Publicado no Boletim nº 163 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim – ano 14 – junho/2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 15ª. Ed, 1998.

STRATENWERTH, Günter. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 365-372.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidade y libertad del legislador penal*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 105-128.

SUTHERLAND, Edwin. *The White collar criminally*. In American Sociological Review, Indiana, n. 1, vol. 5, p. 1940.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien Jurídico y función en Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência*. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). *Direito e*

Psicanálise. Interseções a partir de "O Processo" de Kafka. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, v. 01, p. 43-56.

TAVARES, Juarez. *Racionalidad y Derecho Penal*. Lima: Idemsa, 2014.

THE PANAMA PAPERS. The International Consortium of Investigative Journalists. Disponível em < <https://panamapapers.icij.org/>>. Consultado em junho de 2016.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal Económico: Introducción y parte general*. Grijley, 2009.

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao estudo da lei nº 7.492/86)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TÓRTIMA, José e Fernanda. *Evasão de Divisas – uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WHOLERS, Wolfgang. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 403-408.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (A onda punitiva)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WITTIG, Petra. *Teoría del bien jurídico, harm principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad*. In HEFENDEHL, Roland (Ed). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 341-348.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.1