

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

ANTONIO CARLOS DA PONTE

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Carlos da Ponte; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-332-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de Artigos denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II” do III Encontro Virtual do CONPEDI (III EVC), com a temática “Saúde e segurança humana para a sustentabilidade e cidadania”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio da UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba, em evento realizado entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma ConferênciaWeb RNP, tendo em vista o momento mundial de pandemia e isolamento social imposto pelo COVID19.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito material e processual penal, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne uma gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e vinculados ao Estado Democrático de Direito.

O primeiro artigo teve como título a “TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE: A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL”, do autor André Eduardo Detzel.

O segundo artigo “SANÇÃO POLÍTICA NA DEFINIÇÃO DE DEVEDOR CONTUMAZ E SUA REPERCUSSÃO NO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: O CASO DA LEI Nº 17.354/2020 DO ESTADO DO CEARÁ” da lavra dos autores Fernando Augusto de Melo Falcão e Leticia Vasconcelos Paraíso.

“RESPONSABILIDADE CARCERÁRIA: O DEVER DE AÇÃO ESTATAL DIANTE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO”, terceiro da coletânea, é o trabalho dos autores Nathan Castelo Branco de Carvalho, Adriel Adrian Gomes e Júlia Santos Alves Prata.

O quarto texto, com o verbete “O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DAS ESPECIFICIDADES DO GÊNERO: UMA ANÁLISE DOS HABEAS CORPUS COLETIVOS 165.704 E 143.641”, de autoria de Amanda Castro Machado e Gabriel Salazar Curty.

O quinto texto, da lavra do autor Thales Dyego De Andrade Coelho, é intitulado “O “PACOTE ANTICRIME” (LEI Nº 13.964/2019) E AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: OXIGENAÇÃO ACUSATÓRIA?”.

No sexto artigo intitulado “O ESPELHAMENTO VIA WHATSAPP WEB E DIREITOS CONSTITUCIONAIS EM RISCO: COMO A LICITUDE DA PROVA É JUSTIFICADA NOS TRIBUNAIS”, de autoria de Bianca Kaini Lazzaretti e Eleonora Jotz Pacheco Fortin.

O sétimo texto da coletânea, da autora Lisiane Junges, aprovado com o verbete “REGISTRO AUDIOVISUAL DO DEPOIMENTO ESPECIAL E PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES”.

“O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO PEÇAS DO MACROSSISTEMA PUNITIVO E A REJEIÇÃO AO BIS IN IDEM” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Alexandre Magno Augusto Moreira.

O nono artigo foi denominado “NEGOCIAÇÃO CRIMINAL AMBIENTAL COM VISTAS À SUSTENTABILIDADE” pelos autores Cassio Marocco, Andréa de Almeida Leite Marocco e Duliana de Sousa Lopes Kerber.

No décimo artigo intitulado “MARCOS JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE ESTADO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DE JULGADOS NO CONTEXTO DE (NÃO) AFIRMAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS”, os autores foram Thiago Allisson Cardoso De Jesus e Amanda Passos Ferreira.

O décimo primeiro artigo com o título “DO CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: ANÁLISE DO SIMBOLISMO PENAL NA CRIAÇÃO DA LEI Nº 14.064 DE 2020”, dos autores Maria Luísa Brasil Gonçalves Ferreira e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro.

O décimo segundo artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E O SISTEMA CARCERÁRIO: REINCIDÊNCIA CRIMINAL E A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO E DEMAIS AÇÕES DO ESTADO PARA O PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO” da lavra dos autores Eloy Pereira Lemos Junior, Joanes Otávio Gomes e Ronan Angelo De Oliveira Pereira.

“CRIPTOEVASÃO DE DIVISAS: OPERAÇÕES COM CRIPTOATIVOS E O DELITO DO ART. 22 DA LEI Nº 7.492/1986”, décimo terceiro da coletânea, é o trabalho do autor Bruno Felipe de Oliveira e Miranda.

O décimo quarto texto, com o verbete “A SONEGAÇÃO FISCAL COMO CRIME ANTECEDENTE DA LAVAGEM DE DINHEIRO”, de autoria de Manoel Augusto Rocha Rodrigues Elache Coelho e Bruna Azevedo de Castro.

O décimo quinto texto, da lavra do autor Fabiano Justin Cerveira, é intitulado “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA”.

No décimo sexto artigo intitulado “A UTILIZAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS COMO FORMA DE EVITAR A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E GARANTIR OS DIREITOS HUMANOS”, de autoria de Priscila Reis Kuhnen, Lenice Kelner e Nicole Tereza Weber.

O décimo sétimo texto da coletânea, dos autores Eduardo Ritt, Caroline Fockink Ritt e Eduardo Fleck de Souza, aprovado com o verbete “A (IN)APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES CULPOSOS DE TRÂNSITO COM RESULTADO VIOLENTO”.

“A RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NOS CASOS QUE ENVOLVEM PEQUENA DIFERENÇA DE IDADE ENTRE VÍTIMA E ACUSADO(A)” é o título do décimo oitavo texto da coletânea, com autoria de Bruna Vidal da Rocha e Dani Rudnicki.

O décimo nono artigo foi denominado “A INTERVENIÊNCIA DO DIREITO PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES E A VULTUOSIDADE DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL” pelos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Camila Gomes De Queiroz.

E o vigésimo texto, intitulado “A NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA: A IMPORTÂNCIA DA COMPLEMENTAÇÃO POR FONTES ESTADUAIS E MUNICIPAIS NA SOCIEDADE DE RISCO”, dos autores Aurora de Alexandre Magno Augusto Moreira e Jean Colbert Dias.

O vigésimo primeiro artigo com o título “A LEI 14.133/2021 E OS CRIMES DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, do autor José Antonio Remedio.

O vigésimo segundo artigo “A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS PELO DIREITO PENAL NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO” da lavra do autor David Kerber De Aguiar.

“A CRIAÇÃO DE NOVOS TIPOS PENAIIS VIA INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS”, vigésimo terceiro da coletânea, é o trabalho da autora Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque.

O vigésimo quarto texto, com o verbete “ANÁLISE DA CULPABILIDADE NO HOMICÍDIO QUALIFICADO”, de autoria de Ronaldo David Guimaraes.

O vigésimo quinto texto, da lavra das autoras Kátia Alessandra Pastori Terrin e Janaina Braga Norte, é intitulado “AS SANÇÕES E A DOSIMETRIA DA PENA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”.

No vigésimo sexto artigo, e último, intitulado “DIREITO COMPARADO: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA BRASILEIRA E PRIMEIRO INTERROGATÓRIO PORTUGUÊS”, de autoria de Catarini Vezetiv Cupolillo, Sandra Negri e Carlos Eduardo Freitas de Souza.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca por direitos e garantias fundamentais na esfera criminal. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito material e processual penal contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema brasileiro e internacional.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca

da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

02 de julho de 2021.

Professor Dr. Antônio Carlos da Ponte

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade Nove de Julho

acdaponte@uol.com.br

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Escola Superior Dom Helder Câmara

lgribeirobh@gmail.com

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente Permanente do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzhf@fumec.br

A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS PELO DIREITO PENAL NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

STATE INTERVENTION IN THE ECONOMY AND THE PROTECTION OF LEGAL ASSETS BY CRIMINAL LAW IN THE SOCIAL AND DEMOCRATIC STATE OF BRAZILIAN LAW

David Kerber De Aguiar ¹

Resumo

A preeminência outrora de bens jurídicos individuais cede diante da constatação da necessidade de conferir proteção a bens jurídicos supraindividuais em uma sociedade pautada pelo capitalismo e por atividades que geram riscos à coletividade. Objetiva-se explorar a intervenção do Estado na Economia e se há repercussão suficiente na proteção de bens jurídicos correlatos pelo Direito Penal, à luz do Estado Social e Democrático de Direito Brasileiro. Conclui-se que a relevância dos valores metaindividuais traçados pelos dispositivos da ordem econômica constitucional justificam a formatação de um Direito Penal Econômico focado em proteção de bens coletivos e difusos.

Palavras-chave: Estado social e democrático de direito, Intervenção do estado na economia, Direito penal econômico, Bem jurídico-penal

Abstract/Resumen/Résumé

The preeminence of individual legal assets gives way to the need to provide protection to supra-individuals in a capitalist society with activities that generate risks to the community. The objective is to explore the intervention of the State in the Economy and whether there is sufficient repercussion in the protection of legal assets by Criminal Law, in the light of the Social and Democratic State of Law. It is concluded that the relevance of the meta-individual values outlined by the constitutional economic order justify an Economic Criminal Law focused on the protection of collective and diffuse assets.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social and democratic state of law, State intervention in the economy, Economic criminal law, Legal and penal property

¹ Promotor de Justiça MPPR. Mestrando em Direito (UNICURITIBA). Pós-graduado em Direito do Estado (UNIRITTER), Pós-graduado em Direito Civil (UNIRITTER), Pós-graduado em Direito Imobiliário (UNIRITTER) e Pós-graduado em Ciências Penais (ANHANGUERA-UNIDERP).

INTRODUÇÃO

As crises humanitárias desembocaram na composição de um Estado Social e Democrático de Direito e a Constituição Federal de 1988, adotando este modelo, se comprometeu a ofertar também direitos de segunda e terceira geração ou dimensão.

Recordando que os direitos fundamentais de primeira geração se conectam ao valor liberdade: são os direitos civis e políticos; têm índole individual e caráter negativo por exigirem abstenção do Estado, seu principal destinatário.

Os direitos fundamentais de segunda geração são ligados ao valor igualdade: são os direitos sociais, econômicos e culturais; direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado.

E os direitos fundamentais de terceira geração, atados ao valor fraternidade ou solidariedade: são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente sustentável, à autodeterminação dos povos, à paz, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano.

Evidencia-se que a preeminência, outrora, de bens jurídicos individuais de primeira geração cede diante da constatação da necessidade de conferir proteção a bens jurídicos difusos e coletivos em uma sociedade pautada pelo capitalismo e por outras atividades que geram riscos ao corpo social.

Consolidada a obrigação constitucional, o desafio agora é dar efetividade (materialização) aos direitos sociais reconhecidos, pois, apesar dos mais de 30 anos decorridos e de avanços em algumas áreas, ainda se está muito distante de alcançar a completitude objetivada pela normativa fundamental.

Com tais premissas, este trabalho visa debater a legitimidade da tipificação de crimes no contexto constitucional que consagra o Estado Social e Democrático de Direito, reverberando sobre a delimitação de um bem jurídico-penal econômico e a possibilidade de ampliação do Direito Penal Econômico.

Temática que não saiu da mesa de discussões, ora tratada nos fronts da expansão do Direito Penal, ora na sala de modernização deste.

E a sociedade que motivou as mudanças das Constituições contemporâneas (da perspectiva liberal econômica, para social econômica) exige efetividade material dos direitos

concebidos, do que não se afasta a realidade brasileira, com os agravantes financeiros já conhecidos por todos.

Neste cenário questiona-se: seria o momento do Direito Penal redimensionar seus esforços de proteção de bens jurídicos individuais para privilegiar os valores metaindividuais que se multiplicam com o advento da pós-modernidade? Ou não há bem jurídico-penal suficientemente relevante na ordem econômica constitucional a ponto de justificar intromissão na liberdade individual? Ou, ainda, a resistência à expansão da intervenção penal em temas afetos ao Direito Penal Econômico encontra ressonância na noção de bem jurídico-penal em um Estado Social e Democrático de Direito?

Listadas as indagações, pretende-se esboçar algumas respostas e, para este fim, se visitou conceitos de bem jurídico-penal e de Estado moderno, bem como normas pertinentes à intervenção do Estado na Economia, investigando se há repercussão suficiente para a proteção de bens jurídicos correlatos pelo Direito Penal à luz do Estado Social e Democrático de Direito Brasileiro.

1 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Após a Segunda Guerra Mundial ergue-se o modelo de Estado Social, que intervém na economia (na livre concorrência e livre iniciativa) para promover o bem-estar social (*Welfare State*), que, para tanto, propicia “prestações tendentes a minimizar e a corrigir as imperfeições e iniquidades do sistema capitalista”, através da realização ou fomento estatal de serviços e da concessão de direitos sociais (BARBOSA GOMES, 2011, p. 588).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sintetiza bem os fatos que fomentaram essa transição histórica:

Em meados do século XIX, começaram as reações contra o Estado Liberal, por suas consequências funestas no âmbito econômico e social; as grandes empresas tinham se transformado em grandes monopólios e aniquilado as de pequeno porte; surgira uma nova classe social – o proletariado – em condições de miséria, doença, ignorância, que tendia a acentuar-se com o não intervencionismo estatal pregado pelo liberalismo.

Os princípios do liberalismo, voltados para a proteção da liberdade e da igualdade, tinham-se mostrado insuficientes para debelar a profunda desigualdade que geraram. Consolida-se, após a Segunda Guerra Mundial, o **Estado Social**, também chamado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito. (...) Atribui-se então ao Estado, em sua nova concepção, a missão de buscar essa igualdade; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade.

Uma das tendências então verificadas foi a da socialização, que não se confunde com socialismo, mas designa a **preocupação com o bem comum**, com o **interesse público**, em substituição ao individualismo imperante, sob todos os aspectos, no período do Estado Liberal. (2017, p. 9-10)

Rompe-se a pragmática jusnaturalista e os conceitos herméticos do direito, conforme destacado por Priscila Anselmini e Paulo Júnior Trindade dos Santos:

Essa ruptura paradigmática vem redefinir os clássicos direitos da vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade. É a chamada “materialização” do direito, em que a Administração Pública possui o papel de garantir aos cidadãos o acesso aos bens e serviços. O direito passa a ser interpretado como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais, bem como de programas de fins, realizáveis no “limite do possível”. (2019, p. 143)

Isto porque as Constituições modernas consagram o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, as quais, diante de sua missão, absorvem os direitos de segunda e terceira geração. Desse modo, as obrigações negativas (de não interferência em alguns pontos das liberdades individuais), características dos direitos de primeira geração, são insuficientes para a materialização do Estado Social, sobretudo em favor das classes sociais economicamente vulneráveis.

O Estado, antes liberal, renasce social e assume prestações com deveres constitucionais de promoção de dignidade a todos os indivíduos integrantes do corpo social. Agora “não basta ao Estado se abster, no novo paradigma constitucional é necessário também o agir, o prover ou o promover estatal” (TEIXEIRA, 2013, p. 229).

Temos então a democracia como um modo de vida, um regime político, uma técnica social para compor interesses diversos e, nesta lógica estatal constitucional, “seu verdadeiro objetivo é a concretização dos direitos e garantias constitucionais” (ANSELMINI; SANTOS, 2019, p. 155). Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com a costumeira e impecável didática que lhe é peculiar, esclarece a função do acréscimo ao Estado Social, da ideia de Estado Democrático de Direito, e a consequente mutação do princípio do interesse público:

Por outras palavras, o Estado, sem deixar de ser Estado de Direito, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser Estado Social, protetor do bem comum, passou a ser também Estado Democrático. Daí a expressão Estado de Direito Social e Democrático. Não que o princípio democrático já não fosse acolhido nas concepções anteriores, mas ele passa a ser visto sob nova roupagem. O que se almeja é a participação popular no processo político, nas decisões do Governo, no controle da Administração Pública.

(...) No período do Estado liberal, o interesse público a ser protegido era aquele de feição utilitarista, inspirado nas doutrinas de economistas como Adam Smith e Stuart Mill. O Direito tinha que servir à finalidade de proteger as liberdades individuais como instrumento de tutela do bem-estar geral, em sentido puramente material.

Com a nova concepção do Estado de Direito, o interesse público humaniza-se, à medida que passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas também com valores considerados essenciais à existência digna; quer-se liberdade com dignidade, o que exige atuação do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda coletividade o bem-estar social. O interesse público, considerado sob o aspecto jurídico, reveste-se de um aspecto ideológico e passa a confundir-se com a ideia de bem comum.

(...)

Em verdade, procura-se substituir a ideia de Estado Legal, puramente formalista, por um Estado de Direito vinculado aos ideais de justiça. Pretende-se submeter o Estado ao Direito e não à lei em sentido apenas formal. Daí hoje falar-se em **Estado Democrático de Direito**, que compreende o aspecto da **participação do cidadão** (Estado Democrático) e o da **justiça material** (Estado de Direito). (2017, p. 15-16)

Contudo, trata-se de mudança estruturante em favor da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, que por isso abarca também a interação entre os particulares. Nesse propósito, tais poros axiológicos repercutiram no Direito Civil, pois o contrato e a propriedade privada, além do conteúdo clássico, devem também atender à função social e, ainda, das pessoas jurídicas de direito privado se exige responsabilidade social.

Observa-se também que as Constituições modernas, como a Brasileira, conscientes de que as novas obrigações sociais acarretarão incremento de despesas públicas, incluíram em seu âmago, normas ligadas à Economia, ao Direito Tributário e ao Direito Financeiro, sem desvinculá-los da Justiça Social.

Passados mais de 30 anos de vigência da Constituição Federal, seria o momento do Direito Penal redimensionar seus esforços de proteção de bens jurídicos individuais para privilegiar os valores metaindividuais que se multiplicam com o advento da pós-modernidade? Alice Bianchini entende que sim, mas realça algumas dificuldades:

(...) um Estado do tipo democrático e de direito deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade. A dificuldade encontra-se, exatamente, na identificação desta classe de bens. A determinação do que seria digno de tutela penal representa uma decisão política do Estado, que, entretanto, não é arbitrária, mas condicionada à sua própria estrutura. Em um Estado social e democrático de direito, a eleição dos bens jurídicos haverá de ser realizada levando em consideração os indivíduos e suas necessidades no interior da sociedade em que vivem. (2002, p. 41)

Por tais razões, o Direito Penal deve repensar seus institutos para conectar-se com as premissas fundantes do nosso Estado, forjando a tutela constitucional penal para chegar à sociedade almejada pelo ordenamento jurídico.

2 BEM JURÍDICO-PENAL NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL DE BENS SUPRAINDIVIDUAIS

O ato de conceituar, qualquer que seja o objeto, se traduz também em ato de limitação em relação ao todo. Neste aspecto de separação não escapa a noção de bem jurídico-penal, ao delimitar o objeto material do delito, visando historicamente a redução do subjetivismo do legislador.

Remontando brevemente o passado, foi Feuerbach, no final do século XVIII, quem qualificou o fato punível (concepção material do delito) como violação a um direito subjetivo, dizendo que o indivíduo, ao praticar um delito, limitaria um direito subjetivo de outro à liberdade garantida pelo Contrato Social (SILVEIRA, 2003, p. 38). Assim, visava garantir a liberdade individual e não o interesse político do Estado. Isso não significava menosprezo ao dano social gerado, mas também este não era o ponto de partida.

Para tanto, Rodrigo Gomes Teixeira (2013, p. 224) explica que esse conceito de bem jurídico foi influenciado pelos pensamentos dominantes no Iluminismo e estes, por sua vez, influenciados pela classe burguesa (e sua vocação eminentemente privatista), serviu de legado para o Direito Penal clássico primordialmente preocupado com bens individuais.

Essa perspectiva demasiadamente abstrata e privatista, que também não abarcava delitos contra a religião, a honra e os costumes previstos na época, foi abandonada em 1834 por Birnbaum (2010, p. 11) ao vincular o conceito material de injusto como lesão a bens em vez de direitos. O crime, concretamente, viola um bem da realidade, do mundo do ser e não do dever ser, importante para o indivíduo ou a sociedade em geral, em relação ao qual existe uma obrigação garantida por parte do Estado.

Identifica-se significativa reorganização sistêmica, na medida em que o objeto de proteção pelo Direito é o próprio bem jurídico, sendo este o alvo da violação concreta, por isso passível de verificação determinável, enquanto aquele (Direito) permanece hígido no plano abstrato do dever ser. O bem protegido pela norma penal e escolhido pelo Legislador é revelado na realidade das coisas, e não criado por lei (o bem jurídico seria descoberto e não inventado). O substrato penal antecede o direito positivo, pois o interesse humano nasce antes da necessidade da proteção normativa.

Com a expansão positivista, o bem jurídico se constituiu como fruto da norma penal direcionada pelo interesse do Estado. Aqui o legislador está vinculado a criar tipos penais

compatíveis com a política criminal prevista em Lei. Assim, a prática de um crime violaria o postulado impositivo que fixa uma conduta inversa.

Luiz Regis Prado (2019a, p. 43) adverte que nesse momento o bem jurídico se confunde com o sentido e o fim das normas penais, despidendo-se do caráter orientador ao se afastar da legitimação material da realidade social.

Contudo, sintetizando as conclusões de Sávio Guimarães Rodrigues (2012, p. 7), em outro momento, o positivismo perde o viés formalista, adotando, em von Litz, um caráter sociológico ou naturalista, para o qual o antecedente causal que fundamentaria o revelar do bem jurídico com expressão penal - que seria consagrado pela Lei com o intuito de prestar-lhe tutela jurídica - reside nas regras de cultura da comunidade, da experiência do próprio povo. O autor ainda elucida:

Devolvendo o bem jurídico, uma vez mais, à realidade concreta, externa ao Direito, von Liszt adere a Ihering quando este diz que as normas direcionadas ao mundo social só poderiam ser interpretadas a partir de seus fins, ou seja, proteger as condições de vida em sociedade. O bem jurídico, portanto, seria esse interesse tutelado pelo Direito.

(...)

Nesse sentido, Honig identificou o objeto de tutela com a própria finalidade da norma penal, extraíndo-o da vida humana cultural e da ordem jurídica como um todo. É de se sublinhar a aproximação de tal concepção às correntes positivistas formais, uma vez que o bem jurídico ainda derivaria do conjunto normativo enquanto representativo do complexo cultural da comunidade.

Com a doutrina de Honig bem jurídico é desmaterializado a ponto de se tornar quase uma “abreviatura” do fim perseguido pela norma penal. Em outras palavras, ele vem a ser confundido com a própria *ratio legis*, perdendo tanto sua vinculação com a realidade concreta quanto seu potencial de limitação do poder punitivo.

(...)

Foi a partir das correntes neokantianas que Mezger edificou sua contribuição ao causalismo valorativo. Para o autor alemão, o bem jurídico não seria um objeto concreto do mundo exterior, mas uma figura ideológica que carrega consigo uma valoração objetiva, evidenciando o valor que possui para o indivíduo ou para a sociedade. (2012, p. 8-9)

Nessa linha, Luiz Regis Prado aclara que, com base na tradição neokantiana, concebe-se o bem jurídico como um valor cultural entendido no sentido amplo, como um sistema normativo, sem ignorar a contribuição de sentido objetivista de Welzel:

Os bens jurídicos têm como fundamentos valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Estas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessidade de proteção jurídica.

De outro lado, convém destacar a relevante contribuição de sentido objetivista de Welzel, que considera o bem jurídico como um “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”. E, ainda, continua o referido autor, que bem jurídico “é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões”. A soma dos bens jurídicos constitui a ordem

social e, por isso, o seu significado deve ser sempre relacionado com a sociedade, e não visto de modo isolado. (2019a, p. 32)

A partir dos valores culturais recepcionados para proteção pela ordem jurídica constitucional adotamos uma definição de bem jurídico, preocupado com a manutenção da concepção do Estado Social e Democrático de Direito.

Neste ponto, Luiz Regis Prado (2019a, p. 62 e 67) pontua que o Direito Penal também deve assegurar o cumprimento das prestações de caráter público, das quais depende o indivíduo no âmbito da assistência social por parte do Estado e, ainda, que a concepção de bem jurídico lastreia-se na experiência social e na orientação constitucional (noção de Estado Democrático e Social de Direito), pois “ancora-se na realidade social em bases constitucionais, numa relação de complementariedade”.

E Renato de Mello Jorge Silveira (2003, p. 48) destaca que com o término da Segunda Guerra Mundial desemboca a valorização do conceito de bem jurídico limitador da intervenção penal estatal, surgindo as teorias contemporâneas, entre elas, as constitucionais. Para estas teorias é imprescindível que o bem jurídico penalmente tutelado tenha arcabouço constitucional.

Com isso não se pretende esconder ou maquiar a divergência perene que circunda o conceito de bem jurídico, buscando-se para fins deste breve estudo o conteúdo mínimo e apto à proteção axiológica social e democrática da Constituição, aportado na intervenção estatal na economia. Alice Bianchini (2002, p. 42) explica que a dificuldade na delimitação concreta dos bens jurídicos penalmente tuteláveis decorre de uma limitação fática, na medida em que é “impossível aprisionar o bem jurídico num conceito hermético, que esgote qualquer dúvida em relação ao seu conteúdo”.

Por outro lado, o Direito Penal clássico, enlaçado com o Jusnaturalismo, tem como missão assegurar a proteção de bens jurídicos quando os demais ramos do Direito não o fazem, por si sós, de forma suficiente. Logo, o Direito Penal é acionado para prevenir e sancionar violações graves, porém com característica de subsidiariedade em relação à responsabilização civil e/ou administrativa, por exemplo.

Como se busca resguardar interesses individuais e coletivos reconhecidamente essenciais, se eleva o ideal de delito pautado não só pelo desvalor da ação (valoração negativa da conduta do agente), mas também pelo desvalor do resultado. Marca-se o limite do poder punitivo estatal pelo princípio da legalidade e vinculação à proteção de bens jurídicos.

Compartilhando este ponto de vista, João Carlos Castellar (2013, p. 68) conceitua bens jurídico-penais como aqueles que formam um conjunto de valores e interesses a que uma sociedade atribui relevância excepcional e cuja violação se quer evitar, punindo com uma pena quem vier a ofendê-los. O autor assinala a função limitadora para o legislador dessa definição, na medida em que a seleção de bens jurídicos merecedores da tutela penal deve ser feita através de critérios político-criminais que levem em conta os valores e diretrizes Constitucionais.

Os bens jurídicos selecionados para atuação do Direito Penal observam sua relevância e excepcionalidade, por isso nem todos extraídos da norma constitucional serão blindados pela *ultima ratio* penal. Não há um mandamento de criminalização constitucional geral e abstrato, apesar de existirem algumas previsões neste sentido, como na hipótese do crime de racismo (art. 5, XLII – regulado pela Lei 7.716/89) e de crimes ambientais (art. 225, § 3º – regulado pela Lei 9.605/98).

Mas o foco da pesquisa não habita o conceito negativo do bem jurídico enquanto limitador da criminalização estatal ordinária, mas sim na importância de reconhecer os valores irrenunciáveis do Estado Social e Democrático de Direito, decorrente da peculiaridade da intervenção pública na economia, a legitimar a abordagem penal.

Pretende-se com isso uma expansão do Direito Penal (com fixação de novos delitos), disfarçada de modernização (a pretexto de proteção de um Direito Penal Econômico)? Pensamos que não, e que parte da crítica que acusa essa lógica jurídica de flexibilização de garantias penais clássicas não se atenta ao deteriorante desvalor do resultado das condutas destacadas, muitas vezes patrocinadas por sujeitos ativos afortunados ou poderosos, até então pouco detectadas no radar das autoridades públicas.

Para contextualizar seus efeitos nefastos, basta recordarmos que sonegações fiscais e fraudes contábeis de grandes empresas já sequestraram nossos noticiários e “alimentaram” crises econômicas mundiais, maximizando a pobreza e a fome da população socialmente vulnerável. Um furto, por mais reprovável que seja, em nada se compara, em termos de potencial lesivo, àqueles tipos de ilícitos.

Essa mudança de paradigma do individual para o social, faz com que surjam tipos penais postulando a proteção de bens difusos e coletivos, outrora, desconhecidos do âmbito dos quadros penais (TEIXEIRA, 2003, p. 230). Note-se que bens jurídicos de titularidade supraindividual não representam novidade ou dissenso em outros ramos do Direito e, como o

Penal Econômico não é uma ciência social apartada, a tese não deveria gerar a rejeição pretendida pelos seus críticos mais severos.

Com efeito, não se pretende esmiuçar o limite da legitimidade do Direito Penal imposta pelo bem jurídico-penal, mas sim o fundamento para realizar a proteção penal dos valores basilares do Estado constituído pelo prisma Social e Democrático de Direito. As demandas sociais deste modelo de Estado, concretizado em 1988, exigem que o Direito Penal, em alguns momentos, o acompanhe.

3 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E O BEM JURÍDICO-PENAL ECONÔMICO

Como visto, a persecução em condutas previstas legalmente como ilícito penal e a respectiva aplicação de pena devem imprescindivelmente ter amparo na Constituição Federal. É dela que emana a organização política e social, invocando o Direito Penal para cumprir o importante papel de regulação e pacificação comunitária diante de fatos humanos de pujante relevância.

É a Constituição que amolda e direciona o ordenamento infraconstitucional, indicando seu começo e delimitando seu fim. Nessa missão fundante e de manutenção do Estado, os direitos e as garantias fundamentais individuais e coletivas são consagradas no corpo da Carta Política e o Direito Penal surge como último e mais severo guardião dos bens jurídicos positivados.

Rememorando, consideram-se direitos fundamentais as disposições normativas declaratórias atestando correção em determinar fazer, deixar de fazer ou exigir, ao passo que as garantias fundamentais têm natureza instrumental, com o escopo de assegurar o direito normativamente reconhecido, vale dizer, são um meio de defesa, como o Habeas Corpus, o Mandado de Segurança, o Habeas Data, a Ação Popular e etc (BONAVIDES, 2005, p. 526).

Logo, a Constituição, enquanto protagonista da regulamentação da sociedade organizada em Estado, é o substrato para a tipificação penal de condutas deletérias ao funcionamento social pacífico, justo e solidário, assegurando direitos fundamentais individuais e coletivos.

Diante de tal contexto, sobrevém a necessidade de identificar em relação a quais bens jurídicos nosso texto constitucional outorga juridicidade ao Direito Penal Econômico intervir,

sem se escusar da vinculação direta com o perigo ou dano causado pelo fato à sociedade, “pois não se trata de uma censura moral a uma conduta, mas apenas a da sua qualidade de fator perturbador da ordem pacífica externa – cujos elementos de garantia se denominam bens jurídicos – que pode acarretar a imposição de penas estatais” (ROXIN, 1986, p. 49).

Estabelecidas tais balizas, nota-se que a intervenção estatal penal visa evitar a lesão ou perigo de lesão a interesses relevantes para uma sociedade, e quanto mais reprovável for a conduta, mais austero será o conteúdo incriminador (em tipificação e/ou sanção, como na diferença normativa do crime de receptação simples em comparação com o de lavagem de capitais). Emerge, por oportuno, que a Constituição Federal concedeu à ordem econômica e financeira especial deferência.

A ordem econômica e financeira está prevista nos arts. 170 a 181 da Constituição, que representam fonte de eventuais bens jurídicos suficientemente expressivos para serem protegidos pelo Direito Penal. Por conseguinte, analisando o art. 170, observa-se o realce da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, com proteção ao consumidor, ao meio ambiente e a redução das desigualdades sociais.

Há ainda que se considerar que o modelo constitucional adverte que a intervenção direta do Estado no domínio econômico somente ocorre em casos de “relevante interesse coletivo” ou “imperativos de segurança nacional” (art. 173). Excetuadas tais hipóteses, o Estado pode, como “agente normativo e regulador da atividade econômica, na forma da lei, exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (art. 174).

Com isso se conclui que não se trata de ordem econômica e financeira descompromissada com outros valores, mas sim entrelaçada com políticas de relevante envergadura, como a tutela do meio ambiente (art. 225, § 3º) e a promoção social, conforme igualmente se observa no art. 219: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

Somos um Estado Social e Democrático de Direito, que tem como uma de suas importantes missões a realização material dos direitos fundamentais, e o Direito Penal não serve somente para tutelar os valores individuais clássicos (liberdade e patrimônio), pois é um instrumento de controle social e, por isso, deve defender também valores imprescindíveis ao ideal de dignidade de todos (acesso a saúde, assistência social, educação, etc.).

Aqui fazemos um parêntese. O Direito Penal Econômico, desde seu alvorecer, gerou no mínimo duas concepções conflitantes: a) a dos que defendem a ilegitimidade das mudanças por ele promovidas, considerando-as violadoras de garantidas individuais, forçando a expansão das leis penais; e b) a dos que justificam que as mudanças são necessárias para a proteção pelo Direito Penal dos interesses sociais surgidos a partir dos riscos decorrentes dos avanços tecnológicos dos últimos anos; constituição da sociedade de risco conforme conceito e expressão cunhada por Ulrich Beck. Em relação à segunda, à qual nos filiamos, acrescentamos que os momentos de crise social fixaram a indispensabilidade de proteção dos valores constitucionais de relevo social e democrático.

A leitura sistêmica da Constituição Cidadã evidencia essa pretensão, conforme se extrai do art. 5º, inserido no Título II, nominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, ao estabelecer a “inviolabilidade do direito à vida”, que não abrange apenas o direito de permanecer vivo ou de não ser morto, mas também o de uma existência digna (MORAES, 2018, p. 106). Afinal, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inciso III).

Ou, nos dizeres de Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 401), que com precisão e simplicidade conclui: “sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”.

Contudo, a irregularidade nas políticas de mercado do Estado reflete negativamente na seara monetária, financeira e tributária, que por sua vez limitarão os recursos públicos e terão como nefasta consequência a inanição de direitos fundamentais da coletividade (especialmente para o mais vulneráveis socialmente), em relação aos quais nossa Carta Política se comprometeu a prover a todos indistintamente.

Lembrando que é do texto constitucional que emanam os valores máximos consagrados pela sociedade que o editou, de modo que o legislador penal infraconstitucional não tem a prerrogativa de ignorar ou contrariar o quadro axiológico posto pela Constituição (BIANCHINI, 2002, p. 43).

Consequentemente, a noção de bem jurídico e sua delimitação material dependem da estruturação política do Estado em que se situam, o que permite afirmar que o catálogo de bens jurídicos penalmente tuteláveis de um Estado Social e Democrático de Direito diverge daqueles Estados de cunho ditatorial/absolutista (SILVEIRA, 2003, p. 53).

Seguindo a linha de proteção de bens jurídicos relevantes na Constituição Brasileira, Celso Antônio Bandeira de Mello (2017, p. 843) destaca o empenho constitucional para a

realização da justiça social ao constá-la como propósito tanto da ordem econômica (art. 170, *caput*), quanto da ordem social (art. 193). E reforça o ideal de justiça social, ao fixar a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais como objetivo fundamental da República (art. 3º, III) e como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, VII).

Por essa razão, Andrei Zenkner Schmidt, quando defende a ideia de autonomia do Direito Penal Econômico, ressalta sua eficácia “promocional” ou “propulsiva”, pois encoraja uma consciência ético-social da comunidade sobre a necessidade de proteção de um bem maior:

Outro fator capaz de complementar a ideia de autonomia do direito penal econômico reside em sua eficácia “promocional” ou “propulsiva”. A criminalização primária e secundária de condutas antieconômicas, em certa medida, pode sensibilizar ou mesmo densificar a consciência ético-social de uma determinada comunidade em relação à necessidade de proteção jurídica supraindividual de práticas econômicas.

(...)

É inegável, dessarte, que a regulação jurídico-penal também assume uma dimensão constitutiva do nosso modo-de-ser social, porquanto o seu fundamento se identifica com o próprio fundamento do processo de hominização. (2018, p. 93-94)

E Luiz Regis Prado, quando enfrenta a dicotomia da noção de ordem econômica e bens jurídicos tutelados, esclarece:

Na verdade, impõe reconhecer, para efeito de proteção penal, a noção de ordem econômica *lato sensu*, apreendida como ordem econômica do Estado, que abrange a intervenção estatal na economia, a organização, o desenvolvimento e a conservação de bens econômicos (inclusive serviços), bem como sua produção, circulação, distribuição e consumo.

Assim, a tutela penal se endereça às atividades realizadas no âmbito econômico, e, de certo modo, na empresarial. Isso porque a atividade econômica e a atividade empresarial se imbricam mutuamente, sendo certo que “o exercício de uma atividade empresarial constitui a fonte principal do domínio material sobre todo tipo de bens jurídicos envolvidos na atividade econômica, isto é, não só sobre os especificamente econômicos – v.g., a livre concorrência -, e meio-ambientais, mas também sobre outros de diferente natureza que aparecem com frequência igualmente envolvidos de um modo típico na prática da atividade econômica- empresarial (...)”. (2019b, p. 6, citando Luis Gracia Martins)

À vista disso, o bem jurídico protegido pelo Direito Penal Econômico no Brasil é a ordem econômica à luz de um Estado Social e Democrático de Direito, englobando o mercado, o sistema financeiro, o sistema monetário, as finanças públicas, o sistema tributário e os demais bens, serviços e institutos da vida econômica que asseguram direitos fundamentais em escala coletiva e previnem os males de uma sociedade de risco, seja para gerar (e não perder) riqueza suficiente para satisfação de direitos, seja para manter o círculo social e ambiental seguro, saudável e sustentável.

Com esse conjunto normativo, Luiz Regis Prado (2019b, p. 5-504) elenca os principais grupos de delitos econômicos, a saber: (a) contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90 e 8.176/91); (b) contra as Relações de Consumo (Lei n. 8.078/90 e Lei n. 8.137/90); (c) contra o Sistema Financeiro Nacional, o sigilo das operações de instituições financeiras e finanças públicas, e o Mercado de Capitais (Lei n. 7.492/86, Lei Complementar n. 105/2001, Código Penal – arts. 359-A a 359-H, e Lei n. 6.385/76); (d) contra a Ordem Tributária e os Crimes de Contrabando (Lei n. 8.137/90 e Código Penal – arts. 334 e 334-A); (e) contra o Sistema Previdenciário e Delitos Licitatórios (Lei n. 8.666/93 e Código Penal – arts. 168-A e 337-A); (f) Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98); e (g) Crime Organizado (Lei n. 12.850/2013).

Agrega-se a estes, os crimes vinculados a preservação ambiental e a fácil constatação de que a corrupção não prejudica somente uma pessoa, mas toda uma comunidade que restará açoitada pela precariedade ou falta de serviços públicos essenciais fornecidos ou fomentados pelo Estado. Anota então Rodrigo Gomes Teixeira a necessidade de salvaguardar a receita estatal:

Consequência de primeira ordem dessa assunção de deveres pelo Estado é a necessidade de, inicialmente, incrementar e, posteriormente, proteger as receitas estatais. Afinal de contas, nesse novo contexto, para a promoção de direitos precisa o Estado de meios para consecução de seus fins. Tamanha é a força dessa ideia no meio jurídico que uma das teorias que tem prevalecido no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, em relação aos direitos sociais, é a regra da reserva do possível e do mínimo existencial. (2013, p. 229)

Não é por outro motivo que o Direito Penal Econômico se identifica com delitos que põem em perigo ou lesam a regulação jurídica da intervenção estatal na economia, com seus valores econômicos e sociais, que revelam seu caráter de proteção supraindividual. Horizonte diferente de um Direito Penal clássico que, se comparado àquele, denota maior intensidade do interesse privado na persecução penal, ao se preocupar, por exemplo, com crimes patrimoniais comuns como furto e estelionato, mesmo que eventualmente motivados por questões econômicas.

Ora, se o Direito Penal tem como missão a paz e o progresso social, não estará limitado à proteção do concretamente observado no mundo do ser, como o patrimônio e a vida, devendo auxiliar toda a regulação estatal que busca sustentar a coexistência harmônica, conforme lição de Márcia de Fátima Leardini Vidolin Dresch e Douglas Rodrigues da Silva:

Infere-se disso que ao Estado não incumbe tão somente a proteção das condições individuais necessárias (como vida, patrimônio, dignidade sexual etc.) para se viver em sociedade. Muito além disso. Ao Estado, notadamente por meio do Direito Penal,

recai a obrigação de assegurar instituições estatais adequadas, pois tal pressuposto se figura essencial à pretensão de garantia de coexistência pacífica. Logo, ganha o mesmo contorno de importância a proteção de outros bens jurídicos que ultrapassam a esfera do individual, como a administração da justiça, a ordem econômica, a ordem tributária, a administração pública etc. (2017, p. 180)

Esse novo panorama inevitavelmente acarretou a criação de tipos de crimes vagos, de perigo e de ação múltipla, além da constatação de que são realizados, muitas vezes, por organização empresarial regularmente constituída ou por um grupo organizado de pessoas, dando azo à discussão sobre a ampliação legal da responsabilização penal da pessoa jurídica (para além do âmbito da proteção ambiental) e o enquadramento de alguns de seus agentes em crimes omissivos impróprios.

E como visto, a relevância dos direitos sociais resguardados na Constituição e o desvalor do resultado na violação dos bens jurídicos do Direito Penal Econômico justificam o estabelecimento normativo de tipos penais com valores supraindividuais. Condição aceita pela maioria da doutrina, que assume tamanha importância a ponto de alguns penalistas defenderem a existência de bens jurídico-penais prestacionais, de essencial interesse para o Direito Penal Econômico (TEIXEIRA, 2013, p. 237).

É o que explica a professora portuguesa Susana Aires de Sousa com base nos modelos funcionalistas e “bens-prestação”, dando suporte à proteção da disponibilidade econômica e financeira necessária para a realização daquelas obrigações típicas do Estado Social:

Os modelos funcionalistas criados para a compreensão do objecto de tutela das normas penais fiscais, acentuam, em regra, a instrumentalidade das receitas fiscais para a prossecução do bem estar da colectividade e das pessoas que a compõem. Este ponto de partida fez com que, neste domínio, alguns autores aludissem a uma nova categoria de bens: os bens-prestação que sustentam a disponibilidade econômica e financeira e sem os quais se torna impossível a assunção das funções típicas de um Estado social de direito; concretizam-se, em geral, na correcta gestão econômica, na criação dos pressupostos necessários ao desenvolvimento racional da vida econômica, no equilíbrio do sistema econômico, no bom funcionamento do sistema fiscal e na percepção regular das receitas tributárias. (*apud* TEIXEIRA, 2013, p. 237)

A formatação constitucional do Estado Brasileiro conectou a ordem econômica à realização de uma justiça social, com proteção de bens difusos e coletivos, refletindo bens jurídicos de notória importância e destaque para proteção pelo Direito Penal Econômico.

4 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E A SUPERAÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

Conceituação conhecida por todos que estudam as classificações do Direito Penal, Luiz Flávio Gomes (2007, p. 222) elenca a diferença entre a missão e a função do Direito Penal. Esclarece que a função se traduz no papel efetivamente cumprido, sendo a primordial a de servir de instrumento para a tutela dos bens jurídicos mais relevantes. Por seu turno, a missão se apoia no que se espera proporcionar, destacando-se as seguintes: a) proteção de bens jurídicos; b) contenção ou redução da violência estatal; c) prevenção da vingança privada; e d) proteção do infrator da norma.

Tais missões do Direito Penal estão imbricadas com o princípio da proporcionalidade e suas duas faces: o princípio da proibição de excesso e o princípio da proibição da proteção deficiente.

Envolto na função e algumas das missões do Direito Penal, bem como na modificação da proteção exclusiva de conflitos individuais, para os de natureza metaindividual, o princípio da proibição da proteção deficiente pretende realçar que além de respeito aos direitos fundamentais dos violadores da norma penal (princípio da proibição do excesso), deve o Estado perfectibilizar a proteção aos direitos e garantias individuais das vítimas e da sociedade. Pretende ofertar equilíbrio entre as garantias negativas do Estado (ligadas a excessos que a persecução penal estatal pode ocasionar) e as positivas (diante da necessidade de proteção suficiente e eficiente da sociedade sem omissões do Estado).

Nesse ponto, Lenio Luiz Streck enfatiza que a proteção suficiente deve alcançar os direitos prestacionais em nosso novo modelo de Estado (direitos econômicos, sociais e culturais):

É por isto que não se pode mais falar tão-somente de uma função de proteção negativa do Estado (garantismo negativo). Parece evidente que não, e o socorro vem de Baratta, que chama a atenção para a relevante circunstância de que esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas. (2007, p. 96)

Desse modo, a proibição da proteção deficiente exige do legislador a confecção de normas suficientes para resguardar o dever material assumido pelo Estado no que se refere à prestação de direitos fundamentais individuais e coletivos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão. Como explica Carlos Bernal Pulido (2002, p. 798), a inconstitucionalidade pode advir de um ato excessivo do Estado, ou então de uma proteção

insuficiente de um direito fundamental por parte deste, como nos casos em que o Estado abre mão de determinada sanção cujo objetivo é a proteção de direitos fundamentais.

Fácil observar a discrepância valorativa – desproporcionalidade entre bens jurídicos que demandam proteção do Estado – que haveria em manter a criminalização da receptação e não preservar as referentes aos direitos metaindividuais do Direito Penal Econômico. Qual seria a lógica jurídica em promover proteção penal daquele, reconhecidamente menos valioso, em detrimento destes, considerados de fundamental importância constitucional?

Portanto, a proibição da proteção deficiente impõe ao legislador, após identificar bem jurídico-constitucional relevante, o dever da prestação legislativa correspondente, para não incidir em omissão frente à defesa dos direitos sociais.

Debelar a desigualdade, realizando a justiça social, é atribuição fundamental e objetivo peremptório do Estado Social e Democrático de Direito Brasileiro e, nesse prisma jurídico-constitucional, o princípio da proibição da proteção deficiente não permite omissão penal na proteção da estrutura do Estado manejada para cumprir seu dever de prestação social.

CONCLUSÃO

As Constituições dos Estados modernos, como a Brasileira, adotaram o modelo Social e Democrático de Direito, abarcando expressamente prestações positivas estatais, que representam legítimos direitos sociais.

A seu turno, ao Direito Penal incumbe selecionar quais riscos são merecedores de tutela penal, que, no âmbito econômico, para os favoráveis à regulação penal, representa modernização qualitativa indispensável, ao passo que para os contrários, expansão violadora de direitos clássicos.

Assim como o Direito Penal anterior à Constituição de 1988 é fruto de uma evolução promovida especialmente pelo Iluminismo, a aparição e normatização de bens metaindividuais conduz a descobertas de novas fronteiras, com ampliação da forma preexistente de resguardar direitos essenciais. Não se fala em ruptura (para conservar conquistas importantes), mas em releitura de conceitos, como o do bem jurídico-penal.

Por isso, deve-se abandonar o formalismo egocêntrico, para a compreensão sistemática do Direito no contexto de um Estado Social e Democrático, que convoca a concretização do princípio da proibição da proteção deficiente nos fatos tratados pelo Direito Penal Econômico.

Reforça-se a relevância dos direitos sociais resguardados pela Constituição, inclusive no Título “Da Ordem Econômica e Financeira”, e o desvalor do resultado na violação dos bens jurídicos do Direito Penal Econômico, justificam o estabelecimento normativo de tipos penais com valores supraindividuais.

Nesse enquadramento, sem dúvida a relevância dos valores metaindividuais traçados pelos dispositivos da ordem econômica constitucional brasileira justificam a formação de um Direito Penal Econômico focado em proteção de bens coletivos e difusos revelados em nosso Estado Social e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANSELMINI, Priscila; SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos. A Tutela Jurisdicional como instrumento de concretização da democracia: a evolução do Estado Social ao Estado Democrático de Direito. **Revista Juris Poiesis**. Rio de Janeiro, vol. 22, n. 30, p. 140-167, 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia (uma reflexão do Direito Constitucional e Comparado). *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.); CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. VI, 2011.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito**. trad. José Luis Guzmán Dalbora. Colección Maestros del Derecho Penal, nº 32, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Constitucional**. 16º. Ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988** – Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28/10/2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os riscos para punir os pobres**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

DRESCH, Márcia de Fátima Leardini Vidolin; RODRIGUES DA SILVA, Douglas. Lavagem de Dinheiro: um estudo sobre a Teoria da Cegueira Deliberada e a possibilidade de responsabilização do advogado. *In*: GUARANI, Fábio André (Coord); BACH, Marion (Coord); MARIA SOBRINHO, Fernando Martins (Org.). **Direito penal econômico: Administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**. Londrina/PR: Thoth, 2017.

GOMES, Luiz Flávio (coord.); MOLINA, Antônio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal – introdução e princípios fundamentais**. v.1. São Paulo: RT, 2007.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019a.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

RODRIGUES, Sávio Guimarães. Critérios de seleção de bens jurídico-penais: em busca de um conceito material para o princípio da fragmentariedade. **RFD - Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012, disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1512/2298>. Acessado em 28/10/2020.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Natscheradetz; Maria Fernanda Palma; Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 1986.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral**. 3ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

TEIXEIRA, Rodrigo Gomes. Bem jurídico-penal e o Direito Penal Econômico. **Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito**, Recife, n. 8, vol. 5, p. 221-245, jul-dez 2013.