

**TUTELA PENAL DE BENS JURÍDICOS SUPRA-INDIVIDUAIS NO CONTEXTO
DA GLOBALIZAÇÃO: A QUESTÃO DAS INDICAÇÕES CONVENCIONAIS
CRIMINALIZADORAS E O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL**

**CRIMINAL PROTECTION OF SUPRAINDIVIDUAL INTERESTS IN THE CONTEXT
OF GLOBALIZATION: THE ISSUE OF CRIMINAL INDICATIONS IN
INTERNATIONAL CONVENTIONS AND THE PRINCIPLE OF LEGALITY**

José Carlos Portella Junior¹

Fábio André Guaragni²

RESUMO

O presente trabalho analisa de que modo o direito penal na era da globalização pode intervir de maneira legítima para a proteção de bens jurídicos supra-individuais internacionalmente reconhecidos. Além disso, busca-se verificar se o direito brasileiro, diante das ameaças globais e transfronteiriças e da revisão do conceito de soberania, pode assumir a tutela penal de bens jurídicos supra-individuais a partir da aplicação imediata dos tratados internacionais no âmbito interno e de que forma pode fazê-lo e com quais limites. São analisados os diferentes caminhos adotados pelo legislador pátrio para atender à obrigação de dar cumprimento à norma internacional e preservar a reserva legal em matéria penal.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização; Direito Penal; Bem jurídico supra-individual; Princípio da reserva legal; Direito Internacional Público; Direito Internacional Penal; Convenções internacionais

ABSTRACT

This paper analyzes how the criminal law in the era of globalization can legitimately intervene to protect supraindividual interests internationally recognized. Furthermore, this work seeks to verify if the Brazilian law, considering the global and transnational threats and the revision of the concept of sovereignty, can assume the criminal protection of the supraindividual interests by the immediate application of international treaties in the domestic level and in which way it can do it and what limitations. It analyzes the different paths taken by the national legislator to meet the obligation to comply with international law and preserve the principle of legality in criminal matters.

KEYWORDS: Globalization; Criminal law; Supraindividual interests; The principle of legality; Public International law; International Criminal Law; International conventions

¹ O autor é Advogado, Professor de Direito e mestrando vinculado ao programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).

² O autor é Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). É Professor de Direito Penal Econômico do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). É Professor de Direito Penal do UNICURITIBA, FEMPAR, ESMAE, CEJUR e LFG.

1. Introdução

O fenômeno da globalização traz consigo mudanças nas relações sociais e políticas que colocam em xeque o poder de regulação do Estado, que sozinho não consegue mais dar conta de reprimir e prevenir as ameaças transfronteiriças a bens jurídicos supra-individuais.

No contexto da globalização econômica, tem-se visto a proliferação de centros de poder (como empresas transnacionais e organismos multilaterais). O “eixo do poder” passa “pelas empresas e pelos organismos”, diz MÁRIO FERREIRA MONTE (2001, p. 17), adicionando:

“É, de facto, indiscutível o poder que as empresas têm em todo o mundo, algumas das quais chegam mesmo a ter um PIB (produto interno bruto) superior ao de muitos Estados, poder esse que é, curiosamente, repartido com certos organismos e organizações, nomeadamente internacionais, não com governamentais...” (MONTE, 2001, p. 17).

Também fazem parte do contexto hodierno, dentre outros aspectos, a rapidez e fluidez das relações econômico-financeiras em razão do desenvolvimento tecnológico, o monopólio da informação e do conhecimento técnico pelos agentes privados e o enfraquecimento dos direitos sociais e trabalhistas como forma de elevar a competitividade do mercado local (HERRERA FLORES, 2010, p. 103-104). Essas características da globalização econômica exigem dos Estados a revisão do conceito de soberania, enquanto exercício de poder por sobre espaço demarcado de terra. Há algum tempo, GUÉHENNO sintetizou o problema em termos:

“Agora o Estado-nação, querendo combinar numa moldura única as dimensões política, cultural, econômica e militar do poder, torna-se prisioneiro de uma concepção espacial do poder (...) O espaço não sendo mais critério pertinente, será que a política sobreviverá a esta revolução? Desde sua origem, desde a cidade grega, ela é a arte de governar uma coletividade de homens definidos pelo fato de serem enraizados num lugar, numa cidade (polis) um numa nação. Se a solidariedade não se deixa mais limitar pela geografia, se não há mais cidade, se não há mais nação, pode ainda haver política?” (1994, p. 30).

A resposta é cortante e imediata: “O desaparecimento da nação implica na morte da política” (1994, p. 31). Este desaparecimento impõe reforma e redimensionamento ao exercício do poder estatal soberano e de tudo que o compõe: inclusive, a parte do poder estatal e da política de Estado constituída pelo poder punitivo e pela correlata política

criminal, respectivamente. Reformados e redimensionados os primeiros, igual se dá quanto aos últimos. Tudo impacta sobremaneira no direito penal contemporâneo.

A tecnologia da informação, abertura das fronteiras, a competição econômica em âmbito global e a desterritorialização das relações econômicas levam à internacionalização do poder de regulamentação e, em especial, da intervenção penal em âmbito transnacional.

Diante dessa realidade, analisa-se de que modo o direito penal na era da globalização pode intervir de maneira legítima para a proteção de bens jurídicos supra-individuais globalmente reconhecidos. Além disso, busca-se verificar se o direito brasileiro, diante das ameaças globais e transfronteiriças e da revisão do conceito de soberania, pode assumir a tutela penal de bens jurídicos internacionalmente protegidos a partir da aplicação imediata dos tratados internacionais no âmbito interno, de que forma pode fazê-lo e com quais limites.

2. A globalização e a necessidade de tutela penal de bens jurídicos supra-individuais: a formação de um Direito Penal de âmbito global

Desde a segunda metade do século XX, a economia mundial tem se desenvolvido a partir da pauta estabelecida pelo discurso neoliberal, que é a renovação da doutrina econômica liberal gestada no século XVI, mas que contempla os imperativos do mercado globalizado.

Apoiada na chamada Cartilha de Washington, um conjunto de medidas econômicas baseadas no ideário de Friedrich HAYEK³ e Milton FRIEDMAN⁴ e endossadas pelo Fundo Monetário Internacional e países desenvolvidos, como os Estados Unidos, e em desenvolvimento, como Rússia, China e Índia, a globalização econômica desafia o poder de regulação dos Estados. Segundo a Cartilha, a economia é mais eficiente quando os agentes econômicos atuam no contexto de pouca ou nenhuma regulação, de

³ Defensor do liberalismo econômico, Hayek sustenta que as forças da concorrência devem ser empregadas como um meio de coordenar os esforços humanos (individuais). Para ele, só a livre concorrência pode favorecer o ajustamento das atividades humanas umas as outras, sem necessitar de intervenção coercitiva e arbitrária de alguma autoridade, o que colocaria em xeque a ideia de liberdade. Ver HAYEK, Friedrich Auguste. **O caminho da servidão**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura: Instituto Liberal, 1987.

⁴ Friedman retomou o ideário liberal de Hayek nos anos 1960, e defendeu de maneira aguerrida a liberdade dos mercados e redução da interferência do Estado nas atividades humanas. Segundo o autor, cabe ao Poder Público intervir na economia somente para garantir o bom funcionamento do mercado. A partir da defesa intransigente da autorregulação do mercado Friedman forneceu o substrato teórico ao neoliberalismo, encampado pelo FMI e pela Cartilha de Washington. Ver FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Artenova, 1977.

modo a permitir a mobilidade do capital e a exploração econômica em qualquer lugar do planeta. Surgem os proprietários ausentes, extraterritoriais, nas felizes sínteses de BAUMAN, que esclarece: “O capital pode sempre se mudar para locais mais pacíficos se o compromisso com a ‘alteridade’ exigir uma aplicação dispendiosa da força ou negociações cansativas. Não há necessidade de se comprometer se basta evitar.” (1999, p. 18). Para tanto, o capitalista é o único agente econômico livre, desconectado do espaço e suas imposições (inclusive legais, como direitos trabalhistas, obrigações fiscais, etc.). Cabe aos acionistas “mover a companhia para onde quer que percebam ou prevejam uma chance de dividendos mais elevados, deixando a todos os demais [fornecedores, trabalhadores] – presos como são à localidade – a tarefa de lamber as feridas, de consertar o dano e se livrar do lixo.” (BAUMAN, 1999, p. 15).

No bojo do movimento de mundialização do capital, o Estado-nação tem assistido à relativização de seu poder soberano em virtude do surgimento de outros centros de poder que com ele rivalizam, como as empresas transnacionais, cuja voracidade econômica impõe a desregulamentação dos mercados, ao argumento de que somente dessa maneira os ganhos econômicos seriam expressivos.

Para atrair investimento estrangeiro, necessário para dinamizar sua economia e aumentar sua riqueza, que poderá promover o desenvolvimento nacional, o Estado tem servido como fiador da autorregulação do mercado a partir, por exemplo, da eliminação de barreiras de entrada e saída de dinheiro, da remoção de medidas que protejam ou fomentem os produtos nacionais, de renúncias fiscais e da mitigação de direitos econômicos e sociais de seus cidadãos. O declínio de tais direitos atende por um apelido eufemístico: flexão ou flexibilização das relações de trabalho. Parafraseando BAUMAN, um direito do trabalho líquido? No todo, trata-se de um projeto que pressupõe a redução de um “custo-estado”, tido *a priori* como ineficiente e dispendioso.

A mobilidade do capital em nível global, expressão do modelo econômico atual, foi alavancada pelo movimento de desregulamentação do mercado a partir dos anos 70 do século XX (cuja causa principal foi a crise do petróleo de 1973, seguida por uma forte onda inflacionária), pelo progresso tecnológico e pela transformação da organização do trabalho operada pela tecnologia (CHESNAIS, 1996, P. 13-15). Dessa maneira, o capital está apto a mover-se rapidamente de uma parte do mundo a outro, onde a mão-de-obra é barata ou onde o investimento será mais rentável. Essa facilidade de deslocamento do capital no cenário dos mercados autorregulados, aliada à concorrência econômica global,

leva os agentes econômicos a adotarem práticas que são vistas como economicamente eficientes, mas que são lesivas à sociedade, como, por exemplo, a degradação do meio ambiente (vista, durante décadas, como “externalidade”, i.é, problema derivado da atividade econômica cuja resolução é externo à unidade fabril) e a exploração do trabalho escravo, notadamente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como é o caso do Brasil)⁵.

A partir da perspectiva do mercado global autorregulado, os recursos naturais e o trabalho humano passam a ser tratados como meras mercadorias (*commodities* passíveis de variação de preço, dependendo das necessidades do mercado, e que podem ser compradas onde forem mais baratas) e como um custo da atividade empresarial que precisa ser aplacado. Com o intuito de “reduzir os custos operacionais” e aumentar o lucro, as empresas descentralizam a produção, transferindo-a em parte ou no todo para locais onde podem explorar recursos naturais e mão-de-obra livremente e, assim, ganhar competitividade no mercado: “livrar-se da responsabilidade pelas consequências é o ganho mais cobiçado e ansiado que a nova mobilidade propicia ao capital” (BAUMAN, 1999, P. 16).

Da análise dessa realidade intrincada, PUREZA (2002, p. 240) identifica as características do paradigma hegemônico da globalização econômica, entre elas: a prevalência do princípio do mercado sobre o princípio do Estado; a total subordinação dos interesses do trabalho aos interesses do capital; o protagonismo incondicional das empresas transnacionais; e o enfraquecimento dos Estados nacionais.

O enfraquecimento do poder de regulação estatal, o intenso desenvolvimento da tecnologia da informação, o movimento contínuo de abertura das fronteiras, a facilidade de deslocamentos de pessoas e mercadorias e a acirrada competição econômica em nível global: todos estes traços essenciais da economia se unem pelo signo da desterritorialização e atingem diretamente a eficácia do poder punitivo estatal. O motivo é claro: o Estado atua como agência de poder territorial, ao passo que a criminalidade usualmente praticada no bojo da atividade empresarial – acompanhada das circunstâncias elencadas - afeta bens jurídicos supra-individuais (como o meio ambiente, a organização do trabalho, as relações de consumo) de maneira supraterritorial. Assim, há necessidade de fundar um novo modelo persecutório de tais delitos. Principia pela cooperação interestatal.

⁵ Para ambos os aspectos, o documentário canadense *The Corporation*, de 2003, direção de Mark Achbar e Jennifer Abbott, é de inestimável valia.

Os Estados têm conjugado suas forças por intermédio da adesão a tratados internacionais multilaterais, pelos quais ficam obrigados a adotarem internamente mecanismos de prevenção e repressão a condutas que colocam em risco os bens jurídicos individuais homogêneos, coletivos e difusos, enquanto espécies de bens supra-individuais. Além disso, se submetem à autoridade de organismos internacionais que controlam e reprimem em âmbito global as práticas lesivas a tais bens, além de estabelecerem diretrizes a serem seguidas pelos Estados e que se estendem aos agentes econômicos, como é o caso da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Ao dividir seu poder de regulação com outros Estados e até mesmo com organismos internacionais, o Estado-nação se despede da visão clássica de soberania (vista outrora como um poder absoluto e ilimitado), pois, diante da perda do domínio estatal exclusivo e absoluto sobre dado território, o Estado passa a ser o mediador dos processos de governo superiores e inferiores a ele. Nesse contexto, considerando o desaparecimento da divisão entre as dimensões internas e externas da soberania, a territorialidade deixa de ser uma característica definitiva de soberania para ser apenas uma condição do Estado (MENAUT, 2001, p. 71).

Segundo FARIA (2001, p. 12-13), ainda que formalmente os Estados continuem a exercer soberanamente sua autoridade sobre determinado território, em termos substantivos eles já não conseguem estabelecer seus objetivos para si e por si próprios de maneira ilimitada, visto que seu poder decisório encontra-se fragilizado em virtude dos movimentos da sociedade global.

Assim, considerando os desafios da globalização e principalmente ante a desterritorialização das relações econômicas, os Estados têm buscado a concertação de seus esforços para aplacar as ameaças globais a bens jurídicos supra-individuais. Para tanto, os Estados participam da construção de uma ordem jurídica internacional, à qual voluntariamente se submetem e que impõe o dever de implementar em âmbito interno as normas internacionais que impõem (*pacta sunt servanda*, consoante previsão do art. 27 da Convenção de Viena do Direito dos Tratados, de 1969) a tutela penal de bens jurídicos coletivos.

Todavia, no Brasil, ainda que se reconheça a legitimidade da proteção de bens jurídicos supra-individuais (GUARAGNI, 2009, p. 52-65), a tutela penal a partir da

aplicação imediata de tratados internacionais no âmbito interno encontra limites no princípio da reserva legal.

3. A aplicação interna dos tratados internacionais em matéria penal e o princípio da reserva legal: os caminhos legislativos e a ênfase ao uso de elementos normativos integradores de normas definitórias nos tipos

A análise do texto da Constituição Federal de 1988 e dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil permite constatar que, apesar do enfraquecimento do poder estatal de regulação da economia e da onda “flexibilizante” que atinge os direitos sociais, corolários da globalização econômica, a tutela penal na proteção de bens jurídicos supra-individuais, além de respeitar a subsidiariedade e a proporcionalidade, se justifica a partir da ideia da função social do Direito Penal vinculada à proteção de bens jurídicos, com o fim de “garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando essas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos” (ROXIN, 2009, p. 16).

O preâmbulo da Constituição deixa claro que no Brasil foi instituído um Estado Democrático de Direito de perfil social, fundado na proteção dos direitos individuais e sociais, para assegurar o bem-estar de todos, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e harmônica. Do texto constitucional se depreende que impende a todos, Estado e sociedade civil em cooperação (é o vetor solidariedade que emana do preâmbulo e do art. 3º, I), agir para, em qualquer domínio da vida social, inclusive na esfera econômica, evitar a vulnerabilidade do cidadão aos riscos advindos da desregulamentação dos mercados, asseverados pela globalização econômica.

Nesse sentido, a incriminação de condutas que afetam bens jurídicos supra-individuais, diuturnamente violados no âmbito das atividades empresariais, está em consonância com a função do Direito Penal em um Estado democrático: “a tutela equilibrada de todos os bens fundamentais, individuais e coletivos” (FRANCO, 2000, p. 268). E por “tutela equilibrada” deve-se entender como a intervenção penal justificada ante a insuficiência dos outros mecanismos não-penais menos dispendiosos socialmente, considerando que o Direito Penal é sempre uma intervenção drástica na esfera de liberdade dos cidadãos, devendo atuar como “ultima ratio legis”.

É claro que o Direito Penal não realizará sozinho a tarefa de por a salvo os bens jurídicos coletivos, mas pode, respeitada a proporcionalidade da intervenção penal (subsidiariedade), reforçar a tutela dos bens jurídicos socioeconômicos que se encontram vulnerados na era da globalização econômica (PÉREZ, 1998, p. 63).

Segundo PALAZZO (1989, p. 86-87) e FERRAJOLI (2006, p. 37), o Direito Penal só será considerado democrático se estiver permeado pelos valores constitucionais da ordem jurídica em que está inserido. Diante disso, é possível afirmar que o cumprimento dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil que impõem a tutela penal de bens jurídicos deve estar em harmonia com o princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988). Esta imposição dá-se mediante indicações convencionais criminalizadoras, nome paralelo às indicações constitucionais criminalizadoras.

A indicação constitucional criminalizadora ocorre quando a Constituição elege certos setores de criminalidade para impor-lhes tratamento jurídico mais gravoso. Foi o que a Constituição de 1988 fez, v.g., para os crimes ambientais (art. 225, 3º), inclusive no tocante à subjetividade ativa delitiva dos entes coletivos. Explicando o fenômeno da indicação constitucional criminalizadora, LUISI sustentava que:

“...as Constituições contemporâneas tem (...) uma série de preceitos destinados a alargar a incidência do direito criminal no sentido de fazê-lo um instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica (...) Este tipo de normas constitucionais tem sido chamadas de “cláusulas de criminalização”, sendo algumas expressas e inequívocas, e outras facilmente deduzíveis do contexto das normativas constitucionais” (1991, p. 41).

No mesmo passo, PALAZZO assinalou:

“Enquanto as indicações constitucionais de fundo (...) são, ainda, expressão de um quadro constitucional característico do Estado liberal de direito (...) as vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal: as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos (...) sempre de relevância constitucional, contribuem para oferecer a imagem de um Estado empenhado e ativo (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletiva, exaltando, continuamente, o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal (...) As manifestações mais unívocas no sentido da criminalização provêm das chamadas “cláusulas expressas de penalização...” (1989, p. 103).⁶

⁶ Acerca do mesmo tema, v. a dissertação de Mestrado **Mandados de Criminalização decorrentes de tratados de direitos humanos**, de JACEGUARA DANTAS DA SILVA PASSOS, junto à PUC-SP, de 01.10.11.

Com igual escopo, tratados e convenções contêm cláusulas expressas de criminalização a que se vinculam os Estados signatários, obrigando-se a adequar a ordem jurídica interna àquelas. Na mesma medida em que se desloca o eixo do poder dos Estados nacionais para organizações internacionais supraestatais, mais se incrementa o fenômeno do que denominamos indicações convencionais criminalizadoras.

Quanto à eficácia dos tratados e convenções internacionais, os respectivos atos de ratificação, por si só, irradiam efeitos jurídicos no plano internacional e interno, concomitantemente, isto é, o instrumento internacional ratificado obriga o Estado e seus súditos nos planos internacional e interno.

Todavia, no caso brasileiro, não significa que o tratado passa a ter vigência imediata com a sua ratificação. Após ser negociado pela missão diplomática, o tratado deve ser enviado ao Congresso Nacional para apreciação (art. 49 da Constituição Federal de 1988). Só após a tramitação do tratado no Legislativo, e sendo ele aprovado por meio de um decreto legislativo, poderá, então, o tratado ser ratificado pelo Presidente da República. Finalmente, depois de sua publicação (por meio de promulgação por decreto presidencial), adquire vigência na ordem jurídica interna. Assim, verifica-se que no Brasil se faz desnecessária, em tese, a edição de lei interna para dar vigência ao tratado.

Independentemente da compreensão que se tenha acerca da primazia ou não do Direito Internacional sobre o direito interno ou da separação entre as duas ordens jurídicas, no caso de tratado que verse sobre matéria penal, o seu cumprimento no plano interno encontra restrições impostas pelo princípio da reserva legal, como corolário de um Estado de Direito fundado na garantia da esfera de liberdade individual, representada pelo núcleo duro dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O princípio da reserva legal deve ser compreendido como filtro de contenção ao poder punitivo do Estado, mesmo quando o exerça em cumprimento a tratados internacionais aos quais se obrigou, no sentido de aderir a um movimento global de repressão a certas práticas lesivas, de caráter transfronteiriço, a bens jurídicos supra-individuais.

Por isso, a fim de atender ao que preconiza o texto constitucional, cabe ao legislador pátrio fazer uso de um destes dois caminhos: a) desencadear o processo legislativo atinente à criação de normas penais incriminadoras (criminalização primária), quando inexistente no ordenamento jurídico interno o crime indicado na normativa

internacional; b) incorporar o texto dos tratados internacionais aos tipos penais por meio da técnica legislativa do uso de elementares normativas jurídicas, quando tais tipos abrigarem a indicação criminalizadora derivada da normativa internacional, ainda que parcialmente.

Em atenção à segunda opção, cabe sintetizar os contornos da técnica legislativa sugerida. O trabalho classificatório dos elementos do tipo objetivo deu-se no marco do neokantismo, que reorientou o direito penal para o universo dos valores e intensificou os estudos de teoria da norma. Aqui, MAYER, GRÜNHUT e MEZGER são referências obrigatórias.

Em 1915, o trabalho de MAYER foi fundamental para a futura compreensão da tipicidade como juízo de desvalor, enquanto “indício da antijuridicidade” (2007, p. 64) e não como mera descrição do comportamento interessante para o direito penal. Apontava a existência frequente de elementos normativos nos tipos (como “coisa alheia”, no furto), evidenciando com isso a dificuldade de conceber o tipo como estrutura analítica avalorada, na forma proposta por BELING (1944, p. 55-56).⁷ Daí derivou a noção de que os escalões analíticos da tipicidade e antijuridicidade não são independentes, embora separados, mantendo uma relação “como a fumaça e o fogo” (MAYER, 2007, p. 12), alegoria que se tornou famosa na história da dogmática penal. A tipicidade atua como indiciária da ilicitude⁸ (servindo como “fundamentos do reconhecimento da antijuridicidade” (MAYER, 2007, p. 227), ou sua *ratio cognoscendi*) nos tipos que contém somente elementos descritivos; quando contém elementos normativos, que “não lhe são autênticos”, mas “impróprios”, o tipo se mostra como *ratio essendi* da ilicitude (MAYER, 2007, p. 230-231).⁹

De GRÜNHUT (um pouco antes de MEZGER) veio a contraposição entre elementos factuais e normativos: atento aos limites do uso da liberdade, pelos juízes, no ato decisório, o autor exortava-os a sentirem-se como um “servidor do ordenamento jurídico”, e não como seus artífices, mesmo quando o legislador deixasse-lhes espaços de liberdade valorativa (GATTA, 2008, p. 31). Os elementos factuais, referidos “imediatamente a objetos do concreto mundo real, descrevem uma ação, ou representam o desenvolvimento de um evento” (GATTA, 2008, p. 32). Opor-se-iam aos normativos, voltados a “estruturas de pensamento da ordem normativa positivada” (GRÜNHUT apud GATTA, 2008, p. 31),

⁷ Ainda Cf. ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 281.

⁸ Curiosamente, MAYER (2007) considerava que, neste caso, o tipo continuava descritivo. Porém, um tipo que “indicia ilicitude” não contém mera descrição, mas já encerra juízo de valor. Logo, valora.

⁹ Ver também ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 281.

subdivididos em “normativos especificamente jurídicos”, em que o juízo de valor é atingido a partir de categorias provenientes de outros ramos do direito e “normativos gerais”, com “valoração extrajurídica” (GATTA, 2008, p. 33).

Já o catálogo classificatório dos elementos do tipo elaborado por MEZGER é multicitado: a) descritivos, em que o legislador faz “descrições objetivas de determinadas situações e acontecimentos (...) perceptíveis com os sentidos (...) que o juiz deve verificar mediante a *cognitio*” (1935, p. 210). O verbo matar, no art. 121 do Código Penal, seria exemplo de elemento descritivo objetivo, eis que a ocorrência da morte é aquilatada pelos sentidos, bastando o tato, a visão, etc.. A expressão “para consumo pessoal”, art. 28 da Lei 11.343/06, exemplificaria um elemento descritivo subjetivo¹⁰, já que MEZGER (1955, p. 147) também colocava a descrição de estados psíquicos do sujeito ativo como elementos descritivos, só que subjetivos; b) normativos, em que a descrição pura e simples do elemento típico não seria bastante, exigindo-se “um juízo ulterior relacionado com a situação de fato”. São elementos cuja constatação depende de cargas axiológicas ou juízos de valor. Quando esses juízos derivam: b.1) de pautas de comportamento social, tábuas de valores sociais, “normas¹¹ ou critérios vigentes que não pertencem ao domínio jurídico verdadeiro e próprio”, são elementos normativos culturais (ato obsceno, art. 233, CP) ou “elementos de valoração cultural”; b.2) de outras leis, tem-se um elemento normativo jurídico (“funcionário público” no crime de peculato, art. 312, CP, cuja definição é dada pelo art. 327, CP) ou “elementos de valoração jurídica”, discretamente diversos dos “elementos judiciais de percepção sensível”, próprios de crimes de “expressão”, como “injúria, falso juramento, ameaças, delitos de fraude” (MEZGER, 1935, p. 212).

Frise-se que o elemento normativo jurídico eventualmente – não necessariamente - remete a uma norma definitiva, que contém “definição legal” e “é só formalmente

¹⁰ Na verdade, ERIK WOLF (apud ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 282) criticava a existência de puros elementos descritivos, no sentido acima explicitado. É que todos os elementos, em situações limite, exigem juízos de valor. A definição de quando ocorre um “matar”, por exemplo, exige prévia definição cultural ou mesmo jurídica de quando a vida acaba. Assim, uma pessoa com morte cardíaca pode ser vítima de homicídio num país em que a morte seja encefálica e, não obstante a morte cardíaca, suas funções vitais sejam mantidas com aparelhos. Também definir o que é consumo em determinadas situações exigiria juízo de valor. Outro exemplo de MEZGER (op. cit., p. 147), “homem”, exige juízos de valor, por ex., em situações em que houve cirurgia para troca de sexo, ou transexuais com registros civis alterados. Todavia, com vistas à crítica de WOLF, o próprio MEZGER (**Diritto Penale**. Trad. Filippo Mandalari. PADOVA: Cedam, 1935, p. 211) assinalou a conveniência de destacar elementos descritivos para diminuir o campo de juízos de valor, por razões de direito público, já que tais juízos são passíveis de “indeterminação e subjetivismo, que frequentemente não são isentos de perigo”.

¹¹ Tais normas podem ser de raiz técnica ou científica, cf. MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale**: parte generale. 6ª. ed. Padova: CEDAM, 2009, p. 66.

diversa daquela incriminadora, pois na realidade representa um fragmento dela”¹². Fixa definições legais de um objeto. Pode ter natureza penal ou extrapenal; em ambos os casos, a implicação é de que esta norma definitória integra o tipo. É o caso do art. 327, CP, já reportado: o conceito de funcionário público, norma penal não incriminadora explicativa integra, para todos os efeitos, os tipos penais exigentes do *intraneus* como sujeito ativo. Da mesma forma, o conceito extrapenal de tributo, do art. 3º do Código Tributário, integra o art. 1º da Lei 8.137/90, quando tipifica a redução ou supressão de tributo. Porém, nem sempre o elemento normativo jurídico remete a normas definitórias: o próprio art. 1º da Lei 9137/90, quando remete a cada tributo em espécie, não é integrado pela normatização respectiva. Isto é, a criação de um tributo (ou sua extinção) não toca o tipo legal¹³.

Assinale-se, do exposto, um dado fundamental: as normas definitórias avultam em importância à medida que podem derivar de documentos internacionais, tratados ou convenções das quais o Brasil seja signatário.

Em suma, as elementares normativas do tipo – que dentro de todo o catálogo acima desenhado são os que ora relevam - transferem para o aplicador da norma o exercício do juízo de valor sobre determinada circunstância vinculada ao fato descrito como delituoso pela norma penal pátria. Quando normativas jurídicas, a respectiva apreensão de significado exige uma especial valoração da situação de fato pelo operador do Direito, apoiada no aspecto de que são elementares que existem no mundo do Direito (ZINI, 2012, p. 186).

Garante-se, por ambos os caminhos – “*novatio legis*” incriminadora ou incorporação de elementares normativas jurídicas a tipos já existentes, materialmente coincidentes com as indicações convencionais criminalizadoras -, a preservação do

¹² GATTA, Gian Luigi. *Abolitio Criminis e successione di norme ‘integratrici’*: teoria e prassi. Milano: Guiffre, 2008, p. 93. O autor chama estas normas de “realmente integradoras”, grupo a que pertencem também as que integram a norma penal em branco. Porém, entende que os tipos, ao convocarem-nas, não o fazem mediante elementos normativos. Estes, quando compõem o tipo, reclamam normas “não integradoras”. Optamos por uma via diversa: ora os elementos normativos do tipo reclamam definições jurídicas penais ou extrapenais (normas definitórias), ora reportam-se a contextos delineados por outras normas que, porém, não integram o tipo. Porém, sempre são elementos normativos do tipo. Noutros termos: quando um elemento do tipo convoca uma definição dada em lei diversa, continua sendo normativo. Trata-se de detalhe em relação ao consistente trabalho do professor de Milão que, de toda forma, identifica na questão da integração ou não de normas externas ao tipo penal um elemento crucial para definir consequências acerca da incidência do princípio da reserva legal.

¹³ Ficariam entre os descritivos e normativos os “elementos cognoscitivos de valoração”, próprios de situações nas quais a “experiência” e o “conhecimento experimental” permitem “uma determinada valoração”, como o juízo sobre “a verdade ou inverdade de uma afirmação”, conforme MEZGER, Edmund. *Diritto Penale*. (trad. Filippo Mandalari). PADOVA: Cedam, 1935, p. 212.

princípio da reserva legal e o cumprimento dos tratados internacionais a que o Brasil se submeteu. Caminhos que, segundo a panorâmica que segue, ora são observados, ora não.

4. O legislador penal brasileiro como caminhante

Traçadas as duas trilhas que se antepõem ao legislador, cumpre verificar se ambas apresentam as pegadas do legislador brasileiro, ao tutelar penalmente bens jurídicos supra-individuais ofendidos rotineiramente no bojo da atividade econômica globalizada. São eles: a) a organização do trabalho, no aspecto da liberdade como direito fundamental dos trabalhadores ofendida na redução à condição análoga a de escravo, prática criminosa facilitada pela “flexibilização e remoção das cláusulas sociais” (GRAU, 2003, p. 42), em prol da ampliação da competitividade do mercado; b) a paz pública em relação às organizações criminosas (sobremaneira encravadas no universo negocial, mesclando atividades lícitas e ilícitas com marcada supranacionalidade), cujo sucesso da atuação depende de “territórios privilegiados onde as transações de enormes dimensões podem ocorrer sem nenhuma forma de regulamentação ou de controle” (FRANCO, 2000, p. 262) (a exemplo dos *paraísos fiscais*); c) a administração pública, sujeita a ataques corporativos voltados à corrupção dos corpos funcionais estatais para obtenção de licenças indevidas, vitórias em licitações dirigidas¹⁴, ambiente em que o crime é “componente necessário no desenvolvimento das práticas negociais, abrindo oportunidades agregadas”, cumprindo a corrupção “uma função indispensável para a consecução dos objetivos de grandes grupos econômicos” (BAIGUN; BISCAY, 2006, p. 16).

A proteção da organização do trabalho, no particular âmbito da liberdade laboral, dá-se através do recurso aos elementos normativos jurídicos do tipo enquanto técnica legislativa. Signatário das Convenções nº 29 e 105 da OIT, que versam sobre a exploração de trabalho escravo, o Brasil incorporou o texto desses tratados ao tipo penal do artigo 149 do Código Penal (crime de redução à condição análoga a de escravo)¹⁵, fazendo constar

¹⁴ Neste sentido, PADILHA FILHO, Valmor Antonio. **Corrupção e a atividade empresarial**. Dissertação apresentada junto ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Curitiba: 2010, p. 152.

¹⁵ Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 1o Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

como elementos normativos jurídicos do tipo as expressões *trabalhos forçados, jornada exaustiva e condições degradantes de trabalho*.¹⁶

A Convenção nº 29 sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório de 1930, ratificada pelo Brasil em 1957, impõe a abolição do trabalho forçado ou obrigatório e, no seu artigo 25, obriga a repressão penal a esse tipo de prática, forjando uma indicação convencional criminalizadora. Em seu art. 2º, determina que, para os fins da Convenção, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade. No mesmo sentido é a Convenção nº 105 da OIT, de 1957, ratificada pelo Brasil em 1965. Desse modo, a atual redação do art. 149 do Código Penal dá às Convenções efetivo cumprimento, sem violar o princípio da reserva legal. Naturalmente, para ser válida, a exegese do dispositivo penal em questão, realizada pelo aplicador do direito, fica condicionada a atentar para a convencionalidade das elementares típicas citadas.

Situação diferente é a que se observa com a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, e ratificada pelo Brasil em 2003), no que concerne à obrigação de repressão penal a organizações criminosas, imposta pelo art. 5º da Convenção – também aqui, uma indicação convencional criminalizadora.

Ainda que o artigo 2º da Convenção de Palermo definisse organização criminosa, não se encontrava no direito brasileiro qualquer tipo penal incriminando a formação de organizações criminosas ou a participação nelas. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal compreendia que, em razão do princípio da reserva legal, a Convenção de Palermo não poderia ter eficácia direta no plano interno, de modo que a repressão às chamadas

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I - contra criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

¹⁶ Antes da entrada em vigor da Lei nº 10.803/2003, o artigo 149 do Código Penal contava com a seguinte redação: “Reduzir alguém a condição análoga à de escravo: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos”.

organizações criminosas deveria ser feito a partir da subsunção, quando possível, ao tipo penal do artigo 288 do Código Penal.¹⁷

Anote-se que, mesmo com a edição da Lei nº 12.694, publicada em 25 de julho de 2012, esta exegese tende a ser mantida. Afinal, o texto legal previu norma definitiva de organizações criminosas no art. 2º. Porém, não o fez mediante a previsão de tipo penal (norma penal incriminadora), de maneira que o mandado derivado da Convenção continua sem específica contemplação na normativa penal interna.

No que toca à Convenção sobre Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 3.678/2000, optou o legislador brasileiro por se valer da técnica de uso de elemento normativo jurídico no tipo para dar cumprimento à obrigação imposta pelo art. 1º de reprimir penalmente as condutas previstas no tratado (também uma indicação convencional criminalizadora).

Ao editar a Lei nº 10.467/2002, o legislador pátrio fez uso dos dois caminhos acima delineados. Inseriu no Título XI (“Dos crimes contra a Administração Pública”) do Código Penal o Capítulo II-A (“Dos crimes praticados por particular contra Administração Pública estrangeira”), contendo novos tipos penais. Em segundo lugar, incorporou neles - os artigos 337-B e 337-C - elementos normativos reproduzidos pela mencionada Convenção (inclusive no que toca à definição de “funcionário público estrangeiro”, constante do artigo 337-D). Atendeu, dessa forma, à obrigação de dar cumprimento à norma internacional e preservou a reserva legal em matéria penal.

5. Conclusões

A globalização tem trazido aos Estados o desafio de proteger bens jurídicos supra-individuais das ameaças globais e transfronteiriças. A concorrência de centros de poder privados tem exigido do Estado uma revisão do conceito tradicional de soberania e um novo modo de regulação. A intervenção penal através da aplicação de tratados internacionais que impõem a repressão e prevenção de ofensas a bens jurídicos supra-

¹⁷ Ver os precedentes Extradção 633 (Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/04/2001), Habeas Corpus 88.914 (Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 05/10/2007), Habeas Corpus 92.958 (Rel. Min. Menezes Direito, DJ 01/08/2008) e Habeas Corpus 94.404 (Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26/08/2008). Tese também defendida por parte da doutrina brasileira, conforme ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p 44-49.

individuais pode ser a maneira mais eficaz para esses fins. Para tanto, porém, o princípio da reserva legal não pode ser sobrepujado, pena de haver a derrocada do direito penal de cunho democrático.

Dessa maneira, indicações criminalizadoras contidas em normativas internacionais (tratados, convenções) das quais o Brasil seja signatário implicarão na necessária adoção de dois caminhos alternativos, destinados a conciliar a obrigação de criminalização com o princípio da reserva legal. (A) O primeiro é a criação de novos tipos penais (processo de criminalização primária, mediante “*novatio legis*” incriminadora). É a alternativa adequada para indicações convencionais sem qualquer contemplação pretérita no ordenamento jurídico interno. (B) Outro caminho é constituído pela incorporação de elementos normativos jurídicos nos tipos que já tratem, total ou parcialmente, da conduta cuja criminalização é indicada na normativa internacional. Nesta hipótese, os elementos normativos jurídicos devem coincidir com as redações convencionais internacionais, sobretudo quando estas contêm normas definitórias de conceitos, institutos, etc. O caráter valorativo dos elementos normativos do tipo torna eficazes, no plano do direito interno, os tratados internacionais em matéria penal, ratificados pelo Brasil. Além disso, os elementos normativos dos tipos adaptam-se à novas definições, necessárias tanto quanto mais flexíveis são os contornos dos bens supra-individuais protegidos e, mesmo, dos modos de ofendê-los no bojo da atividade empresária.

Ambos os caminhos apresentam-se como adequados para que o Estado brasileiro cumpra a obrigação de dar eficácia no plano interno às normas internacionais a que está sujeito, sem violar o princípio constitucional da reserva legal, que deve ser sempre invocado por conta do grau de restrição aos direitos fundamentais que representa a imposição de uma sanção penal.

Referências

BAIGÚN, David e BISCAY, Pedro. Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica. In BAIGÚN, David e GARCIA RIVAS, Nicolás (org.). **Delincuencia económica y corrupción**: su prevención en Unión Europea y el MERCOSUR. Buenos Aires: Ediar, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BELING, Ernst. **Esquema de Derecho Penal – La doctrina del delito-tipo**. Trad. Sebastias Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. São Paulo: Xamã, 1996.

ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FARIA, José Eduardo. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, n° 34, p. 9-25.

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

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Artenova, 1977.

GATTA, Gian Luigi. **Abolitio Criminis e successione di norme ‘integratrici’**: teoria e prassi. Milano: Guiffre, 2008.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

GUÉHENNO, Jean-Marie. **O fim da democracia: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio**. Trad. Howard Johnson e Amaury Temporal. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994

GUARAGNI, Fábio André. Da tutela penal dos interesses individuais aos supraindividuais. Dialogando com Beccaria. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Ler Beccaria hoje**. vol.1. Coleção Por que ler os clássicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HAYEK, Friedrich Auguste. **O caminho da servidão**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura: Instituto Liberal, 1987.

HERRERA FLORES, Joaquín. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David. HERRERA FLORES, Joaquín. CARVALHO, Salo de (org.). **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. 2ª ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale: parte generale**. 6ª. ed. Padova: CEDAM, 2009.

MAYER, Max-Ernst. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires – Montevideo: BdF, 2007.

MENAUT, Antonio-Carlos Pereira. Después de la soberania. **Revista de Derecho Político**. Madrid: UNED, 2001, n°50, p. 55-82.

MEZGER, Edmund. **Diritto Penale**. (trad. Filippo Mandalari). PADOVA: Cedam, 1935.

_____. Edmund. **Derecho Penal: parte general**. *Livro de Estudio*. (trad. Conrado A. Finzi). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1955.

MONTE, Mário Ferreira. **Apontamento Introdutório**: Prefácio à obra de Paulo Silva Fernandes “Globalização, ‘sociedade de risco’ e o futuro do direito penal”. Coimbra: Almedina, 2001.

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PADILHA FILHO, Valmor Antonio. **Corrupção e a atividade empresarial**. Dissertação apresentada junto ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Curitiba: 2010.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. **Derecho Penal Económico**: parte general. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.

PUREZA, José Manuel Pureza. Para um internacionalismo pós-vestefaliano. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **A globalização e as ciências sociais**. 2. ed., São Paulo: Cortez, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

THE Corporation. Direção: Mark Achbar e Jennifer Abbott. Produzido por Big Picture Media Corporation, 2003. 1 DVD (145 min).

ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o Direito Penal Econômico e suas especificidades. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 60, p. 147-207, jan./jun. 2012.