

ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO¹

ADMINISTRATION OF THE ECONOMIC CRIMINAL LAW

Luciano Santos Lopes²

Ticiane Moraes Franco³

RESUMO: Com a industrialização, o desenvolvimento de novas áreas do saber humano e o fenômeno da globalização cada vez mais presente, constata-se nos dias atuais o surgimento de uma sociedade de riscos globais. E, com isso, a necessidade de fortalecimento de um sistema protetivo do intervencionismo estatal na medida em que se demanda uma maior presença do Estado na sociedade, afim garantir uma convivência ordenada e pacífica. Nesse contexto, a estrutura tradicional do Direito Penal não consegue alcançar estas novas formatações da atividade criminosa, sendo necessária a ampliação do objeto da tutela penal para além dos bens jurídicos individuais, alçando-se os bens jurídicos supraindividuais. Resultado disso é a expansão do Direito Penal e sua administrativização, que ocorre mediante a proliferação de normas penais como meio de garantia de obediência à ordenação do Estado. O objetivo do trabalho decorre da necessidade de se identificar o bem jurídico digno de proteção penal de modo distinto das funções do Estado.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Penal Econômico; Sociedade de Riscos; Administrativização do Direito Penal; Bem Jurídico Penal.

ABSTRACT: The industrialization, the development of new areas of human knowledge and the progress of globalization have given birth to a society of global risks. Therefore, the necessity for state interventionism in order to ensure orderly and peaceful coexistence in this society has increased. In this context, the traditional structure of criminal law can not reach these new formats of criminal activity, being necessary, then, to broaden the criminal object

¹ Este texto é produto parcial das pesquisas desenvolvidas pelos autores no Programa de Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos – MG. Especificamente, o temário deste ensaio foi objeto de investigação científica no âmbito da disciplina (ministrada pelo primeiro autor, e cursada pela segunda autora no primeiro semestre de 2013) denominada Direito Penal Econômico aplicado à Atividade Empresarial

² Professor da Faculdade de Direito Milton Campos (graduação, pós-graduação e mestrado). Mestre e Doutor pela FDUFG. Diretor do Departamento de Direito Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG - Brasil). Advogado. E-mail: luciano@cateb.com.br

³ Mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-graduada em Regulação de Telecomunicações pela Universidade de Brasília – UNB, e em Direito Empresarial e Gestão Empresarial pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Extensão em Regulação de Energia Elétrica pela ABDIB. Advogada. E-mail: ticianemfranco@gmail.com

beyond the individual legal goods to encompass supraindividual goods. As a result, we have the expansion of criminal law and its administration through the proliferation of penal law as a means of ensuring obedience to the order of the state. The aim of the paper is to identify the legal good worthy of criminal protection aside from state functions.

KEYWORDS: Economic criminal law; Society of risk; Administration of criminal law; juridical penal values.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização está a transformar os Estados, que se veem obrigados a regular e controlar o mercado, desencadeando a necessidade de uma maior intervenção Estatal sobre a economia. Associe-se, a esta constatação, a liberalização de mercados, decorrente da mundialização da economia e do rompimento das fronteiras dos países.

Surgiu, pois, uma sociedade pós-industrial e de risco. Nesse contexto, expande-se o campo de incidência da criminalidade econômica, acarretando mudanças nas premissas sociais que requisitam a intervenção punitiva.

O reconhecimento da existência de uma sociedade de riscos, atuais e potenciais, requer do Estado uma nova concepção intervencionista, cuja expansão acaba por influenciar o Direito Penal tradicional. Impõe-se a tutela de valores diversos daqueles até então protegidos.

Neste contexto surge o Direito Penal Econômico, substituindo os problemas individuais pelos conflitos supraindividuais. Com tal estratégia punitiva, alcançou-se os crimes de perigo abstrato numa sociedade de riscos Ulrich Beck (apud SÁNCHEZ, 2002, p. 29). Requer-se, então, uma proteção dirigida aos bens jurídicos vitais a uma coletividade: os supraindividuais considerados bens jurídicos universais.

Logo, o campo de incidência do Direito Penal Econômico expande-se, de modo a abarcar questões relacionadas não só ao indivíduo, mas também à segurança e ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade pós-industrial. Como consequência, experimenta-se a administrativização da intervenção punitiva, especialmente pela crescente proliferação de normas penais que visam, sobretudo, a garantia de obediência às atividades e funções do Estado.

O Direito Penal passa a emparelhar-se com o Direito Administrativo-sancionador, na medida em que se torna instrumento de gestão do Estado, face aos problemas socioeconômicos.

Essa nova configuração social, e a necessidade de proteção ao intervencionismo do Estado, impõe a identificação do bem jurídico digno de proteção penal. Somente assim pode-se justificar a tutela estatal, afastando-a da mera tutela das funções do Estado. A ideia é retirar da seara penal, na medida do possível, a proteção de meros comandos estatais. Tal opção se fundamenta no perigo de se subverter os princípios jurídicos que sustentam o Direito Penal, caso esta tendência administrativista da proteção penal ganhe ares de definitiva.

Sob essa perspectiva, será abordado o tema da Administrativização do Direito Penal.

2 CONCEITUANDO O OBJETO DA DISCUSSÃO: O DIREITO PENAL ECONÔMICO

Uma primeira definição é necessária neste ensaio. Deve-se determinar o que se entende por Direito Penal Econômico. Vários autores tratam de conceituar este ramo jurídico, nem sempre convergindo com o objeto de atuação desta especialidade do Direito.

Uma abordagem que é interessante foi feita por Righi (2000, p. 94 e ss.). O autor fez uma conceituação do delito econômico com vários recortes epistemológicos (criminológico, processual, etc.). Ao que interessa apresentar, ele apresentou uma definição material deste tipo de crime, ligando-o necessariamente à ideia de bem jurídico protegido pela norma penal econômica. Ele assim afirmou (RIGHI, 2000, p. 95/96):

2. Una precisión mayor se obtuvo cuando se advertió que los bienes jurídicos que protegían los delitos económicos eran colectivos, o si se prefiere 'supraindividuales', lo que supuso distinguirlos de los que tutelan bienes individuales, y más concretamente de los delitos patrimoniales. Sobre es base, fueron considerados en principio ajenos al derecho penal económico, delitos como la estafa, la apropiación indebida el suborno, la usura, el hurto, el dano o los delitos de quiebra.

Ainda sem ingressar na questão da definição do bem jurídico tutelado no Direito Penal Econômico (a ser tratado adiante, neste ensaio), pode-se determinar uma primeira questão: o conceito do Direito Penal Econômico será obtido a partir da análise do objeto da sua norma jurídica específica. Em outras palavras, a definição do conceito desta especialidade do ordenamento jurídico depende da definição dos bens jurídicos ali protegidos.

Neste sentido aqui apresentado, Tiedemann (2009, p. 73)⁴ faz a seguinte conceituação: “En un sentido dogmático-penal se aprecia hoy en día la peculiaridade de los delitos económicos y del Derecho penal Económico, principalmente en la protección de bienes jurídicos supraindividuales (sociales o coletivos, intereses de la comunidade).”

Faz-se, aqui, somente a advertência de que Tiedemann separa o conceito de Direito Penal Econômico: em sentido estrito e em sentido lato. Em sua primeira abordagem, no sentido estrito e conforme interpretação feita por Souza (2012, p. 45), “este ramo abrangeria apenas as infrações voltadas à tutelar a intervenção estatal na ordenação do mercado.”

A ideia de proteção, neste conceito estrito, era ligada à planificação da economia pelo Estado (SOUZA, 2012, p. 45). Tratava-se, pois, de regulamentar a participação interventora e reguladora do Estado na Economia, inclusive por ocasião da tutela penal. Tal questão, que historicamente se verifica sistematizada a partir da transposição do Estado Liberal para o *Welfare State*, destaca uma característica muito nítida deste ramo jurídico: sua proximidade conceitual com o Direito Econômico.⁵

Já no conceito amplo, Tiedemann (Apud SOUZA, 2012, p. 45/46) entende que o Direito Penal Econômico abrange:

(...) em primeiro lugar, as violações no âmbito do Direito Administrativo-Econômico, isto é, contra a atividade interventora e regulatória do Estado na economia. Abrange também as infrações aos demais bens jurídicos coletivos ou supra-individuais da vida econômica, os quais, por necessidade conceitual, transcendem os bens jurídicos individuais. E inclui, finalmente, os delitos patrimoniais clássicos (estelionato, extorsão, falsificação, corrupção, etc.), quando estes se dirigem contra patrimônios supra-individuais (como no caso de obtenção fraudulenta de subvenções ou créditos estatais) ou quando constituem abuso de medidas e instrumento da vida econômica (como nas hipóteses de um cheque sem fundo ou um falso balanço).

⁴ O autor, tal como Righi, também apresenta algumas variantes epistemológicas deste conceito. Para tanto, igualmente cria outros recortes que levam em consideração as questões criminológicas e processuais penais (TIEDMANN, 2009, p. 70 e ss.).

Para um conceito criminológico definitivo acerca da criminalidade econômica, é fundamental a leitura de Sutherland (2009, p. 350 e ss.). Especialmente, é interessante verificar como o autor conceitua os efeitos criminógenos das associações diferenciais e da desorganização social (com a anomia e a questão dos conflitos de grupos sociais), entre outras definições importantes que envolvem as interações sociais dos criminosos ditos “do colarinho branco” (SUTHERLAND, 2009, p. 368).

⁵ Por todos, com uma interessante leitura desta evolução histórica do Direito Penal Econômico, e o momento de sua sistematização, vejam-se os trabalhos de Silveira (2003, p. 20 e ss.) e Souza (2012, p. 23 e ss.).

Há alguns símbolos identificam esta transição de modelos estatais (Estado Liberal para o Estado do Bem Estar Social): Constituição Mexicana (1916), Constituição de Weimar (1919), etc. A primeira guerra mundial também pode ser um interessante indexador temporal da sistematização deste ramo do Direito, conforme pensa Righi (2000, p. 22 e ss.).

Não se pode concordar, integralmente, com esta versão ampliada do conceito de Direito Penal Econômico, tal como propôs Tiedemann. Explica-se.

Ao trazer para a tal conceituação a ideia da proteção do âmbito administrativo-econômico, o autor sustenta ponto de vista exatamente em sentido contrário ao que se pretende criticar neste ensaio: a administrativização do Direito Penal Econômico.

Tal conceito, ampliado, não consegue filtrar adequadamente o objeto do Direito Penal Econômico, posto que implicitamente se afasta da noção de proteção de bens jurídicos relevantes (no caso, supraindividuais) e autoriza a proteção das funções administrativas de fiscalização da economia. Como à frente se sustentará, tal opção legislativa é inadequada a um modelo constitucionalizado de tutela penal.

Com uma maior intervenção na economia, o Estado passou a ter necessidade de tutelar valores antes não considerados, envolvendo exatamente a atividade econômica. Normas penais surgiram, agora de forma sistemática, para que esta tutela ficasse mais eficaz. Pode-se considerar, inclusive, que este ramo jurídico (Direito Penal Econômico) tem extrema atualidade, mantendo uma intensa relação com as outras áreas do Direito (TIEDEMANN, 2009, p. 73).

Certo é que as questões econômicas, como de resto os demais conflitos supraindividuais, trouxeram consideráveis alterações nas premissas sociais que requisitam a intervenção punitiva. À medida em que a sociedade foi se tornando cada vez mais complexa (com maiores riscos), a necessidade de intervenção punitiva naturalmente se expandiu.

O Direito Penal Econômico passou a proteger valores outros, que não avaliados no Direito Penal de tradição liberal. A proteção aos bens jurídicos individuais cedeu lugar à tutela de valores supraindividuais. Como já mencionado, a sociedade de riscos condicionou esta expansão punitiva.

E estas alterações de premissas protetivas acarretaram uma nova estruturação normativa da tutela penal. Ressalte-se, todavia, que se toma como premissa a opinião de que o Direito Penal Econômico não tem uma plena autonomia principiológica em relação à matriz liberal da intervenção punitiva (RIGHI, 2000, p 41 e ss.)⁶.

Há alterações dogmáticas importantes, e isto não se nega. Todavia, independente da verificação desta anunciada autonomia irrestrita (aqui contestada), pode-se definir que há um evidente processo de transformação do Direito Penal tradicional.

⁶ Bechara (2011, p. 48/49) tem a mesma opinião, enquanto Terradillo Basoco (2001, p. 102 e ss.) defende a plena autonomia principiológica e dogmática do Direito Penal Econômico.

Sustenta-se, assim, que esta nova teoria geral do Direito Penal Econômico não pode se afastar da principiologia constitucional que dá sustentação à tutela punitiva. Percebe-se, entre outras tantas, algumas alterações que merecem destaque: cria-se uma especial leitura da legalidade (aceitação de normas penais em branco, desde que não se crie uma ruptura com o postulado da taxatividade; admissão de tipos penais abertos como integração analógica); dá-se novo perfil às definições estruturais do Direito Penal tradicional (tipicidade, ilicitude, culpabilidade, concurso de pessoas, relação de causalidade, etc.); reestrutura-se o sistema de penas, em virtude da ineficácia da pena privativa de liberdade.

3 A NOÇÃO DO BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL, A ORDEM ECONÔMICA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A PRESENTE DISCUSSÃO

O conceito de Direito Penal Econômico, mesmo com a adoção de seu sentido estrito (opção tomada neste ensaio), amplia o objeto da tutela penal. A proteção estatal, que antes era endereçada aos bens jurídicos individuais, passa a atuar nos conflitos supraindividuais.

Bem jurídico pode ser definido como o valor da vida humana que é tutelado juridicamente pelo direito. Em essência, não é diferente para o Direito Penal. Não se pretende realizar o debate acerca do referido conceito (de bem jurídico), dada a sua complexidade e a intenção diversa que se pretende com a análise aqui proposta.

Assim, toma-se como conceito adotado o de Prado: bem jurídico seria um valor social - e não um comportamento - que seja essencial para a coexistência e desenvolvimento do homem em sociedade (PRADO, 1997, p. 52). Sugerem-se somente alguns acréscimos a este conceito. Roxin afirma, com propriedade, que: “bens jurídicos’ seriam ‘dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades’” (ROXIN, 2011, p. 186).

Uma importante consequência da adoção deste conceito de bem jurídico é a sua influência sobre a definição do objeto de tutela do Direito Penal, enquanto instrumento de proteção de valores e legitimando a intervenção estatal. Advém, ainda da noção de bem jurídico, a condição limitativa do poder de punir do Estado: a função do bem jurídico é, também, de garantia ou de limitação do direito de punir do Estado (PRADO, 1997, p. 48/49)⁷.

⁷ Conforme afirma Roxin (2011, p. 203 e ss.), há quem sustente que a noção de bem jurídico deve ser recusada, colocando-se diversos argumentos em sua substituição, para legitimar a intervenção punitiva (Stratenwerth e o

Todavia, pensa-se, não se trata de determinar um conceito pessoal de bem jurídico⁸, totalmente fechado em suas premissas e que se oponha de forma radical à tutela penal de valores supraindividuais que não se liguem em proteções individuais. Veja-se a interpretação que a doutrina tradicionalmente oferece à doutrina de Hassemer (GRECO, 2011, p. 16)⁹:

apenas os bens jurídicos individuais são de pronto legitimáveis; bens jurídicos supraindividuais devem demonstrar que são capazes de ser reconduzidos a seres humanos individuais (...). E no que se refere a bens jurídicos coletivos, deve o legislador agir de modo especialmente comedido, pois eles são excessivamente abertos para considerações de caráter ideológico e tendem a esvaziar o princípio da *ultima ratio*.

Não se nega a validade deste conceito pessoal de bem jurídico, que é ligado apenas aos indivíduos. Todavia, analisa-se, é possível pensar a tutela de valores supraindividuais sem uma direta indexação às necessidades individuais. A dimensão da coletividade deve ser pensada naturalmente de forma conectada com a possibilidade de afetação de cada indivíduo que compõe tal sociedade. Esta deve ser uma premissa básica ao se justificar o senso coletivo.

A questão é de outra ordem. Pensa-se que a definição mais importante é a de que somente se pode tutelar bens jurídicos supraindividuais no Direito Penal (Econômico) quando houver ofensividade na conduta a ser proibida. Trata-se da forma mais adequada de se ligar a proteção de valores difusos à pessoa humana, em sua individualizada existência.

A missão, portanto, é manter o Direito Penal como *ultima ratio*.

Assim, outra importante conclusão que é possível obter, a partir do conceito aqui sustentado, é a de que a tutela de valores supraindividuais somente passa a ter relevo ao Direito Penal ao se revestir de ofensividade e, mais, se servir “às condições de vida dos indivíduos.” (ROXIN, 2011, p. 186). À frente este argumento será retomado e aprofundado.

desrespeito às normas de comportamento básicas para o consenso fundamental da sociedade; Jakobs e a proteção da vigência da norma, etc.)

⁸ Tal como sustenta Hassemer (2011, p. 21): “bens jurídicos são interesses humanos que carecem de proteção penal. Isto quer dizer, antes de tudo, que a proteção de instituições só pode ir até onde ela for condição de possibilidade de proteção de pessoas humanas.”

⁹ Opta-se, aqui, por não rotular o pensamento de Hassemer a uma chamada “escola de Frankfurt”. Explica-se.

O que une os autores do Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt (Hassemer, Naucke, Lüderssen, Albercht, Prittwitz) é a crítica em relação ao Direito Penal. Todavia, são perspectivas epistemológicas e axiológicas não necessariamente convergentes. Assim: “(...), é importante ressaltar, logo de início, que os mencionados autores, dentre os quais Hassemer é uma figura de destaque, não se identificam com o rótulo de ‘Escola de Frankfurt’ e, inclusive, rechaçam essa denominação.” (OLIVEIRA, 2013, p. 25/26).

Greco tem esta mesma opinião crítica em realização a tal denominação, mesmo a usando com ressalvas (2011, p. 15).

Adiante, essa noção aqui sustentada aplica-se ao Direito Penal Econômico. Ainda que nessa seara a concepção do conteúdo do bem jurídico protegido não seja pacífica (veja-se no capítulo anterior), é indiscutível a existência de delitos que agridem a ordem econômica.

Trata-se, pois, de determinar as premissas sociais que fundamentam esta tutela de valores supraindividuais. Uma maior aceitação da proteção penal destes bens jurídicos passou a existir com a constatação de uma nova realidade social. A tecnologia, o modo de produção social globalizado¹⁰, e o surgimento de uma sociedade industrial e de risco alteraram a percepção dos riscos de maneira tão intensa que passaram justificar a existência de uma “sociedade de riscos globais”.

Sobre a globalização, manifesta-se Eduardo Sanz de Oliveira Silva (2006, p. 195):

O processo de globalização, seguido do enfraquecimento dos Estados nacionais que se veem impossibilitados de regular e controlar as operações econômico-financeiras, ocasionou o desenvolvimento de uma macrodelinquência transnacional e economicamente forte, desencadeando um desenfreado mercado de lavagem de capitais que assusta e amedronta as nações mundiais. Sobretudo os Estados periféricos que, dependentes do capital supranacional e submetidos às políticas excludentes dos conglomerados econômicos internacionais, se encontram numa encruzilhada mortal.

Ainda sobre a globalização, acrescenta-se a doutrina de Fernando Herren de Aguillar (2006, p. 52), que associa a globalização ao próprio processo de liberalização econômica:

Também é preciso ressaltar que o processo de globalização é constituído de diversas partes. Não seria possível falar em globalização sem falar, por exemplo, em liberalização das economias nacionais. Na base de uma tendência de redução da soberania nacional, de mercados mundiais, está a transformação do papel do Estado, no sentido de perda das atribuições anteriormente detidas e modificação das funções desempenhadas.

Silveira (2006, p. 33), ao escrever sobre o surgimento da sociedade de riscos, reconhece que “existem muitos lados perversos da modernidade avançada” e, complementa, “a produção social de grande parte da riqueza vem, indistintamente, acompanhada por uma igual produção de riscos”.

Diferem-se os riscos nas fases históricas da humanidade. A primeira fase corresponderia ao advento da Idade Moderna, onde os riscos não individuais são incipientes. A segunda fase corresponderia aos finais do século XIX até a primeira metade do século XX,

¹⁰Sobre as ameaças da globalização, leia: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 2012, p. 48/50.

onde os riscos seriam mensuráveis. E, por fim, um terceiro momento, o da sociedade pós-industrial, com o aparecimento de riscos graves decorrentes especialmente da evolução tecnológica, são, portanto, considerados riscos endógenos e não controláveis (SILVEIRA, 2006, p. 32/39).

As novas tecnologias apresentam o lado perverso da modernidade. Riscos desconhecidos são identificados nas diversas e complexas relações interpessoais e no desenvolvimento de diversas áreas do saber humano.

É necessário, atentar-se, nesse sentido, que a sociedade de riscos pós-industriais impõe o reconhecimento de bens jurídicos supraindividuais, ou seja, bens que encontram tutela no Direito Penal uma vez que sua violação implica em riscos sociais, ainda que hipotéticos e difusos. Esses bens supraindividuais são equiparados os direitos fundamentais de terceira geração.

A ideia de bens jurídicos supraindividuais, em resumo, vai ao encontro do que se entende por sociedade de mercado moderna. Para Galbraith (1978, p. 57): “só pode ser compreendida como um reforço, inteiramente bem sucedido, de sintetizar na organização uma personalidade de grupo muito superior para seus propósitos à de uma pessoa natural”.

Neste ponto, já se pode realizar uma definição: toma-se a premissa de que os bens jurídicos supraindividuais, para o Direito Penal Econômico são dois: a ordem econômica, e a regulação/intervencionismo estatal que ultrapasse a mera função administrativa correlata.

Por ordem econômica, explica Figueiredo (2010, p.52), entende-se o: “tratamento jurídico disciplinado pela Constituição para a condução da vida econômica da Nação, limitado e delineado pelas formas estabelecidas na própria Lei Maior para legitimar a intervenção do Estado no domínio econômico.”

A Constituição Federal de 1988, a partir do artigo 170, explicita o objeto e os limites da tutela jurídica da ordem econômica. Ainda para determinar um conceito, Moreira (apud GRAU, 2012, p. 65) aborda as conotações sob as quais a expressão ordem econômica é usada:

- em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;
- em um segundo sentido, “ordem econômica” é a expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc), que respeitam à regulação do

comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;
- em terceiro sentido, “ordem econômica” significa ordem jurídica da economia.

Prado (1997, p. 38), resume a questão e entende que este conceito de ordem econômica que: “acaba por agasalhar as ordens tributária, financeira, monetária e a relação de consumo, entre outros setores, e constituiu um bem jurídico-penal supra-individual, genericamente considerado.”

Em resumo, o Direito Penal Econômico substituiu os problemas individuais pelos conflitos supraindividuais (direitos fundamentais de terceira geração). O sistema punitivo tradicional perdeu espaço a uma intervenção agressiva, prevencionista (crimes de perigo abstrato) e, não raras vezes, afastada do marco legitimador constitucional.

Diante deste quadro aqui apresentado, quer-se demonstrar que o ordenamento jurídico está a experimentar (equivocadamente) a administrativização da tutela penal, especialmente nesta proteção dos valores supraindividuais. Quer-se mostrar mais: qual a solução possível para este problema de legitimidade da intervenção punitiva.

4 OUTRA CONCEITUAÇÃO IMPORTANTE: A REGULAÇÃO E A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

A regulação¹¹ é um conceito amplo, que abrange distintos modelos de atuação do Poder Público. Para a finalidade deste trabalho, adota-se o termo como forma de organização da atividade econômica, em sentido estrito, e do Estado-Regulador.

Alexandre Santos Aragão (2002, p. 31) conceitua regulação como sendo:

o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direção socialmente desejáveis.

¹¹ A doutrina de Direito Público Econômico adotada neste trabalho faz uso do termo para tratar dos instrumentos e mecanismos estatais de ordenação das atividades econômicas em geral. Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que: “embora a regulação possa incidir sobre qualquer objeto social, como a família, a educação, a saúde, o trabalho, é no âmbito da economia estatal que ele vem sendo utilizado mais frequentemente no direito brasileiro.” (DI PIETRO, 2003, p. 28).

A regulação, enquanto atividade administrativa do Estado de organizar as relações econômicas, tem como fundamento jurídico a procedimentalização da atividade econômica, como forma de assegurar a governabilidade do sistema econômico (SALOMÃO, 2002, p. 42).

Maria Sylvia Di Pietro (2003, p. 29) expõe sobre o termo regulação, utiliza-se da doutrina de J. C. Strick para afirmar que este consiste na: “imposição de regras e controles pelo Estado com o propósito de dirigir, restringir ou alterar o comportamento econômico das pessoas e das empresas, e que são apoiadas por sanções em caso de desrespeito.”

Historicamente, o intervencionismo estatal remonta ao período anterior a primeira Grande Guerra Mundial, intensificado pela crise de 1929, originada nos Estados Unidos. A instituição do Estado intervencionista, em contraposição ao Estado Liberal, foi necessária como decorrência do processo de produção industrial. Ainda, havia a demonstração de que o absentismo do Estado em relação à ordem econômica não seria uma solução econômica e socialmente desejável, uma vez que a história viria a comprovar que a prosperidade econômica depende em muito do ritmo que o Estado impulsiona a economia. A institucionalização do intervencionismo estatal, através da procedimentalização de medidas estatais condutoras do mercado, seria o embrião ao que, posteriormente, seria denominado de Direito Econômico.

Fonseca (2001, p. 09), por sua vez, adverte que:

o Estado tinha de se valer de instrumentos jurídicos adequados para, por seu intermédio, dirigir a ordem que se impunha de modo crítico e que exigia tratamento adequado. Vê-se, a partir daí, que o Estado tinha de intervir na economia. O Estado não podia mais permitir que a crença na ordem natural da economia dirigisse os fenômenos econômicos.

Ainda sobre o surgimento do Direito Econômico, complementa Elder Lisboa Ferreira da Costa (2006, p. 341):

um novo direito em face de uma nova realidade estatal econômica, possuidor de características próprias e de alcance intervencionista declamado. Os acontecimentos fundamentais (a Primeira Grande Guerra 1914-1918; a crise econômica de 1929 com a quebra da bolsa de New York, e a Segunda Grande Guerra 1939-1945) marcaram a superação do sistema capitalista do século XIX com o conseqüente abandono dos seus princípios diretores.

Além disso, contribuíram as novas relações entre capital e o trabalho, a revolução dos meios de produção e transporte, o nascimento das empresas com investidores anônimos, as novas posições do mercado financeiro, a complexa interação dos fatores do mercado econômico, do trabalho e do mercado financeiro, dos preços dos salários e das rendas. Afinal, tudo isso

tornou necessária a ajuda do Estado com medidas de proteção, surgindo paulatinamente a intervenção estatal com o dirigismo econômico.

Nesse sentido, destaca-se que a intensidade da regulação depende muito da economia e oscila de acordo com a política de cada Estado. Acerca da evolução histórica do papel regulador do Estado em nosso ordenamento, ainda que a origem seja anterior à própria Constituição Federal de 1988¹², verifica-se que essa função foi fortalecida pelas privatizações ocorridas no âmbito do Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/1990).

Nesta oportunidade, o Estado remodelou a função reguladora, especialmente nos setores da economia entregues à iniciativa privada. Afastou-se da atuação direta sobre o mercado e passou a exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Portou-se, desde então, como agente normativo e regulador da economia, função que foi institucionalizada pelo art. 174 da Constituição Federal de 1988.

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988 impõe a regulação do mercado. Determina, ainda, que a própria organização da atividade econômica se vincule à concretização dos valores e princípios constitucionais, dentre os quais a justiça - distributiva e social -, o bem comum (preâmbulo e art. 170 do texto constitucional) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, III). O texto constitucional tem como vetor o princípio da dignidade da pessoa humana - fundamento absoluto da República Brasileira.

Nesse sentido, discorre Grau (2012, p. 194):

A dignidade da pessoa humana comparece, assim, na Constituição de 1988, duplamente: no art. 1º como princípio político constitucionalmente conformador (Canotilho); no art. 170, caput, como princípio constitucionalmente impositivo (Canotilho) ou diretriz (Dworkin) – ou, ainda, direi eu, como norma-objetivo. Nesta sua segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica, em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar.

¹² Pode se apontar, nesse sentido, que no Brasil, desde a Constituição Federal de 1934, os textos constitucionais passaram a demonstrar certa preocupação com a intervenção estatal. A Constituição Federal de 1934, por exemplo, mantém a liberdade econômica, inspirada no liberalismo, no entanto, introduz restrições de ordem social e a obrigatoriedade de o Estado direcionar a economia. Posteriormente, a Constituição Federal de 1937 acrescenta um capítulo sobre a ordem econômica. Por sua vez, a Constituição Federal de 1946 introduz a possibilidade de reprimir o abuso do poder econômico. E as Constituições de 1967-69 destacam como princípio o desenvolvimento econômico.

Sobre a ordem econômica nas Constituições brasileiras leia-se Souza (2002).

Assim, não se deve desconsiderar que a regulação estatal da economia é também uma função administrativa do Estado e, como tal, deve-se sujeitar à todos os princípios inerentes e aplicáveis à Administração Pública.

Essa regulação estatal da economia é exercida por um processo de deslegalização¹³, mediante o estabelecimento de *standards* legais preestabelecidos.

Voltando o argumento para a tutela penal, especificamente, percebe-se que se aumenta a possibilidade de utilização indiscriminada de normas penais em branco, que passam a conter tipos genéricos ou abertos demais. Esta estratégia amplia o âmbito protetivo da norma penal e, com isso, o espaço de atuação punitiva do Estado.

Vê-se, especialmente no Direito Penal Econômico, uma inflação de normas que usam a técnica sintética de legiferação, que adotam elementos normativos e normas penais em branco, obrigando o intérprete a procurar dados externos à figura delituosa para interpretar seu sentido. Com tal técnica, incorre-se no perigo de agressão à legitimação constitucional da tutela penal, pois se envia a obrigação de interpretar os elementos normativos do tipo ao Magistrado, colocando em risco o princípio da legalidade. O subjetivismo do intérprete adquire força em demasia, permitindo ilações valorativas, que podem reduzir a eficácia da função garantista do tipo penal.

5 UMA CONSEQUÊNCIA DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DA TUTELA PENAL SUPRAINDIVIDUAL

Como já exposto, mesmo diante da impossibilidade de se definir um conceito mais preciso, é certo que o reconhecimento quanto à existência de bens jurídicos de caráter supraindividuais reclama a delimitação de um objeto que possa ser tutelado no âmbito do Direito Penal Econômico. A ausência desta delimitação gera uma série de problemas de legitimação da intervenção punitiva.

Retomando a discussão anteriormente apresentada, para contextualizar o argumento, pensa-se que é possível afirmar que o reconhecimento de bens jurídicos supraindividuais é resultado da expansão do Direito Penal, assim abordada por Silva Sánchez (2002, p. 113)¹⁴, ao tratar dos efeitos dessa expansão:

¹³ Sobre os fundamentos para a deslegalização da função reguladora, vide: Neves (2009, p. 107/119).

¹⁴ O autor retoma esta temática em outras obras suas (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 73 e ss.)

A modificação da própria estrutura e do conteúdo material dos tipos penais é a sua primeira expressão. Assim, a combinação da introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo “delito de lesão de bens jurídicos individuais” ao modelo “delito de perigo (presumido) para bens supra-individuais”, passando por todas as modalidades intermediárias.

Essa expansão do Direito Penal está associada também à crescente intervenção do Estado no domínio econômico. Tal característica contribuiu para o desenvolvimento de um sistema protetivo do intervencionismo estatal.

E, isto é certo, a expansão da tutela penal acarreta algumas consequências, além da citada administrativização da intervenção punitiva (a ser tratada aqui). Mencionam-se, exemplificativamente, a mudança de paradigma liberal do Direito Penal, com a ampliação de bens jurídicos penais e a flexibilização de regras de imputação.

Voltando ao tema de análise, Silva Sánchez (2002, p. 120) classifica a administrativização do Direito Penal como uma característica das sociedades pós-industriais, que decorre da “lesividade global derivada de acumulações ou repetições, tradicionalmente próprias do administrativo”. Dentro desse panorama:

as teses clássicas (ou do aliud) distinguem entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuindo ao primeiro o caráter de lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, enquanto o segundo seria um ato de desobediência ético-valorativamente neutro. Posteriormente, todavia, foi se consolidando como doutrina amplamente dominante a tese da diferenciação meramente quantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, segundo o qual o característico desse último é um menor conteúdo do injusto. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 113)

Em regra, a doutrina penalista clássica afirma que a única diferença entre ilícito penal e ilícito administrativo é o grau de reprovabilidade, ou seja, a intensidade que cada um viola o valor moral protegido pelo Estado. A separação entre eles atende apenas a critérios de conveniência e oportunidade da sociedade e do Estado.¹⁵

¹⁵ Uma interessante distinção é dada por Tavares (2004, p. 65/66): “La distinción entre bien jurídico y función no puede partir de la propia norma y de su inacción, y ningún concepto de función puede derivar exclusivamente de los fines que persigue. La distinción básica reside en que lá función no existe por sí misma, sino que depende de una relación y sus variables, possibilitando unicamente cálculos de predicados que no pueden ser considerados valores. No importa, así, para el concepto de función, que esta o aquella actividad de control pueda ser útil o inútil, adecuada o inadecuada.”

Atualmente, vê-se uma proliferação de normas de Direito Penal que tratam, na verdade, de desobediências e violações a deveres e funções do Estado e, que, portanto, deveriam estar restritas ao campo do Direito Administrativo.¹⁶

Isto se deve à concepção de que o Direito Penal seria o instrumento capaz de garantir numa sociedade de riscos a eficácia das normas administrativas, importante instrumento garantidor do direito de mera ordenação estatal, ou seja, de garantia de obediência aos comandos estatais.

A transferência de valorações e sanções próprias do Direito Administrativo-sancionador para o campo do Direito Penal acaba por contribuir para a expansão desse último.

Desta forma, o Direito Penal “que reagia a posteriori contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), converte-se em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está ‘administrativizado’” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 113).

Trata-se, portanto, da antecipação da tutela penal para englobar os crimes de perigo abstrato¹⁷ e delitos cumulativos, ampliando os objetos de proteção do Direito Penal.

Assim, a administrativização do Direito Penal implica reconhecer a punição de delitos como mero guia de condutas (BECHARA, 2011, p. 58) ou como mera gestão da desobediência da função administrativa ou do modelo de gestão pública e não como um desvalor de determinada ação considerada individualmente (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 116/120)¹⁸.

¹⁶ Como se pode perceber, pela leitura do capítulo 4 (anterior), a noção de regulação e intervenção estatal na economia é claramente um exemplo de uma função da Administração Pública, que pode ser descumprida pelas práticas econômicas inadequadas.

¹⁷ Uma palavra deve ser dirigida à dicotomia existente entre crimes de perigo e crimes de dano. Tal diferenciação é importante em função da ligação do tipo legal de crime com o princípio da ofensividade. Alguns delitos são tipificados em virtude das condutas efetivamente lesivas aos bens jurídicos protegidos (crimes de dano), enquanto outras condutas são típicas por causarem perigo ao valor tutelado (crimes de perigo).

Os delitos de perigo podem ser concretos ou abstratos. São considerados concretos quando “a descrição do tipo aludir a um perigo ocorrido (real) de lesão, devendo ser comprovado.” (QUEIROZ, 2012, p. 209) Já os crimes de perigo abstrato são verificados quando “o legislador tipificar a conduta por julgá-la perigosa em si mesma, independentemente da demonstração e qualquer dano ou perigo concreto de dano, de sorte que a lei presume o perigo *juris et de jure*.” (QUEIROZ, 2012, p. 209)

A diferença entre os delitos de perigo abstrato e concreto reside na ideia de que, naquele (abstrato), a constatação e a prova do perigo não fazem parte da figura típica. Já se encontram presumidos, pela abstração da legislação. Frise-se, novamente, que a tipificação do perigo é subsidiária em relação à criminalização do efetivo dano aos valores tutelados (bens jurídico-penais).

Há séria crítica à constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, exatamente por não respeitarem o princípio da ofensividade. Explica-se. Ao se presumir de forma absoluta o perigo, o legislador acaba por tipificar a simples desobediência ao seu comando normativo. Cria-se a concepção do que venha a ser perigoso, sem a necessidade de verificação concreta. Toda pessoa que desobedecer esta proibição/ordenação, será punido criminalmente.

¹⁸ Referido autor considera que o interesse do Direito Administrativo sancionador é “na globalidade do modelo, no setor em sua integridade, e por isso tipifica infrações e sanciona sob perspectivas gerais”. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 116).

Desvirtua-se os limites de atuação do Direito Penal avançando para o Direito Administrativo, alcançando problemas sociais que não são naturais ou cabíveis no campo da repressão penal (PEREIRA, 2008, p. 196). Mas, qual a solução possível?

6 BUSCANDO SOLUÇÕES: O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE COMO TENTATIVA DE FREIAR A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DA TUTELA PENAL

No Direito Administrativo-sancionador, A sanção (administrativa) é imposta para reprimir transgressões a ordens que abalem a capacidade (e conveniência) administrativa do Estado. Já na seara penal, para que determinado valor possa ser considerados um bem jurídico passível de proteção penal, as violações a esse bem devem ser relevantes para a sociedade, de modo a justificar o movimento do Estado em prol de sua proteção. Necessário, portanto, identificar o bem jurídico digno de proteção penal na órbita econômica.

Souza (2012, p. 59/60) tenta a aproximação do bem jurídico com o conceito de ordem econômica. Com base nisto, é possível concretizar a diferenciação entre bens jurídicos no Direito Penal Econômico e as funções administrativas de regulação da economia:

a ordem socioeconômico afigura-se, notadamente, como o interesse supra-individual penalmente tutelado pelo Direito Penal Econômico, focando-se a confiança, ou a expectativa normativa, socialmente despositada no tráfico econômico, capaz de lesionar ou pôr em perigo a vida econômica no geral, ou seja, a estrutura econômica da sociedade, representativa de um valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu livre desenvolvimento. Essa última compreensão é, assim, a que, de um lado, permite a concreção de sentido do bem jurídico na hipótese, e, de outro, afasta-se a mera lesão patrimonial individual, típica, e.g., do furto ou do roubo, da delinquência econômica propriamente dita.

Assim, não se pode deixar de considerar que a intervenção jurídico-penal, em um contexto democrático, deve almejar seu objetivo protetor, e não ter um efeito apenas simbólico (BECHARA, 2011, p. 45). Nesse sentido, bem delimita Ana Elisa Bechara (2011, p. 46) ao comparar o intervencionismo estatal com o intervencionismo penal.

maior intervencionismo estatal, justificável no contexto democrático atual em benefício do próprio desenvolvimento social e, assim, dos cidadãos diretamente implicados, não significa necessariamente um maior intervencionismo penal. Ao contrário, tomado o Estado como instrumento a serviços dos indivíduos, a atividade político-criminal deverá estar teleologicamente orientada à busca da proteção dos respectivos direitos fundamentais, mesmo na esfera penal.

Logo, não basta que um bem esteja dotado de suficiente importância social para que a tutela penal seja necessária. Almeja-se um Direito Penal constitucionalmente orientado: subsidiário e garantidor dos direitos fundamentais. Além de ser fundamento da tutela punitiva, a Constituição deve ser também seu limite (com o respeito aos princípios da proporcionalidade, ofensividade, insignificância, entre outros).

Segundo muito bem esclarece Silva Sánchez (2002, p. 129), a questão é saber:

Se a perturbação do correto funcionamento da supervisão ou inspeção estatal constitui, em si mesmo, lesão ou colocação em perigo relevante de um bem jurídico-penal ou, em outros termos, se constitui a desautorização de uma norma que pertence ao núcleo da identidade normativa da sociedade atual.

Nesse sentido, Ana Elisa Bechara (2011, p. 47) defende que: “a exteriorização de uma vontade formalmente contrária ao imperativo da norma não basta para caracterizar como delitiva a conduta, requerendo-se, além disso, a materialização de uma ofensa ao bem jurídico tutelado”. Adiciona ainda que, é: “necessário estabelecer uma relação de ofensividade entre o comportamento descrito no tipo de injusto e o referido bem” (BECHARA, 2011, p. 48).

Fábio Roberto D´Avila (2006, p. 85-86) adverte que a ofensividade é uma exigência constitucional, esclarecendo que:

Partindo de um ordenamento constitucional fundado na inter-relação de regras e princípios, podemos, mediante a admissão de uma proposição de ordem e paz a cargo do Estado de Direito, reconhecer um princípio fundamental de tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito. Pois é exatamente desse princípio geral de tutela de bens jurídicos que decorre tanto o princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa como o princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária, o que significa dizer que ambos estão submetidos ao âmbito normativo do princípio originário, não admitindo uma conflitualidade que extrapole os limites da tutela de bens jurídicos, ou seja, que toda a incriminação que vá além dos limites da ofensividade não corresponde a um interesse político-criminal legítimo, eis que estaria fora do âmbito de proteção do seu princípio conformador.

Assim, tem-se que a fronteira entre as finalidades que devem ser perseguidas pelo Direito Penal, e pelo Direito Administrativo-sancionador, liga-se necessariamente à ideia de bem jurídico protegido e à noção de ofensividade. Enfim, estes são os limites que devem definir a passagem da proteção do Direito Administrativo-sancionador à tutela penal. Silva Sánchez (2002, p. 116) assim tenta delimitar essa fronteira:

O primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta de imputação individual de um injusto próprio. O segundo persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial).

Percebe-se, pois, a necessidade de identificar o bem jurídico digno de proteção penal de modo distinto das funções do Estado. Ana Elisa Bechara (2011, p. 55) também faz a necessária distinção entre bem jurídico e função¹⁹:

A distinção fundamental entre bem jurídico e função está, assim, na constatação de que a função não tem existência própria, dependendo de uma relação entre suas variáveis – o que apenas possibilita o cálculo de seus correspondentes predicados, sem conteúdo substancial –, enquanto o bem jurídico, por outro lado, pode ser tomado e valorado por si próprio.

Ela ainda critica a tutela penal de funções (BECHARA, 2011, p. 55): “a passagem da tutela penal de bens jurídicos para a tutela penal de funções é apta, dessa forma, a comprometer o papel crítico do bem jurídico.” Defende, pois, que as funções administrativas do Estado não podem ser objeto de proteção penal.

Nesta mesma linha de raciocínio, Néelson Hungria e Heleno Fragoso (1978, p. 37) já entendiam que: “o ilícito administrativo, à semelhança do ilícito penal, é lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico, pois, de outro modo, não se compreenderia a existência de um Direito Penal Administrativo.” Sob esse prisma, para mencionados doutrinadores, a esfera de abordagem de um ou de outro deve assim ser considerada:

A punição de certos ilícitos na esfera do Direito Administrativo, ao invés de o ser na órbita do Direito Penal tradicional, não obedece, como frisa-se, senão a razões de conveniência política: para o Direito Penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente e intensamente o interesse público ou social, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito administrativo de menor entidade não reclama a severidade da pena. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 38)

Ana Elisa Bechara (2011, p. 62), todavia, afirma que a diferença entre os ilícitos é de mero caráter normativo:

¹⁹ Tavares (2004, p. 66/67), com propriedade, afirma que as funções têm apenas valor de utilidade.

As funções dependem de suas verificações de conveniência e de quantificação de suas utilidades/inutilidades para a gestão dos interesses da Administração.

É diferente da valoração de um bem jurídico, que não pode ser quantificado ou mensurado quanto à sua utilidade (TAVARES, 2004, p. 66).

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

Ela complementa, afirmando que as diferenças residem nas distintas finalidades perseguidas pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo:

Na realidade, antes que se possa estabelecer qualquer critério quantitativo, qualitativo ou político diferenciador, a distinção fundamental entre o delito e o ilícito administrativo reside em um critério teleológico, isto é, nas diferentes finalidades perseguidas pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo. (BECHARA, 2011, p 63)

Similar entendimento é o de Regis Fernandes de Oliveira (2012, p. 6-7) onde afirma: “não há uma distinção ontológica essencial, entre os ilícitos civis, penais e administrativos.” Haveria apenas graus distintos de reprobabilidade de determinadas condutas dependendo da maior ou menor repulsa do ordenamento jurídico à determinada ação ou omissão (OLIVEIRA, 2012, p. 6-7).

E as finalidades normativas do Direito Penal se ligam, invariavelmente, à proteção dos bens jurídicos eleitos. Assim, não há nenhum problema em normativizar esta discussão, em um funcionalismo teleológico orientado à proteção de bens jurídicos, desde que se respeite alguns limites ontológicos, por evidente.

Portanto, insiste-se, a questão reside na aceitação do princípio da ofensividade como reitor desta separação. Os graus distintos de reprovabilidade, acima destacados, ligam-se à capacidade das condutas ofenderem/ameaçarem os bens jurídicos.

A intervenção penal deve ser reservada às condutas graves, oferecendo limites concretos e delineados ao arbítrio Estatal. O injusto penal não pode, pois, configurar mera insurgência a um comando do Estado, a um dever de obediência, caso contrário, ofender-se-ia a concepção principiológica do *ius puniendi* no campo do Direito Penal, convertendo-se o mesmo em mero guia da potestade sancionadora do Estado-administração.

Finalmente, completa este argumento a ideia de que noção de bem jurídico deve ser compreendida sob o viés constitucionalista. Como visto, a necessidade de higidez do conceito

de bem jurídico penal na seara econômica mostra-se fundamental para a limitação do *ius puniendi* do Estado. De outro modo, a incerteza e a indefinição acerca do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico pode levar a insuficiência de proteção de bens imprescindíveis à coexistência humana. Mais que isso, dá força à tendência de trazer para esta seara temas afetos ao Direito Administrativo-sancionador (acarretando o já tratado fenômeno da administrativização).

Com efeito, faz-se necessário definir a dimensão constitucional da tutela penal e, a partir disso, limitar-se a administrativização do Direito Penal.

O fenômeno da chamada constitucionalização da ordem jurídica, tendo como foco a influência da Constituição sobre o Direito Penal (SARLET, 2013, p 13/43) deve ser analisado como o instrumento possível para limitar o poder punitivo do Estado e estabelecer essa *ultima ratio* a permitir a intervenção Penal Econômica.²⁰

Essa visão da Constituição no centro do ordenamento jurídico impõe uma aplicabilidade imediata, direta e reflexiva dos seus princípios e também das suas cláusulas gerais²¹, auxiliando o operador do direito a valorar melhor a situação fática.

É praticamente impossível encontrar hoje um processo judicial em qualquer área – civil, penal, trabalhista, etc. – em que a Constituição não seja em algum momento invocada pelas partes do litígio e depois empregada pelo juiz ou tribunal na fundamentação da decisão. Mas não é só nos tribunais que este fenômeno se desenrola: nos debates parlamentares, nas reivindicações da sociedade civil e até mesmo na rotina dos tecnocratas o discurso constitucional está, em alguma medida, penetrando. A Constituição tornou-se ubíqua. (SARMENTO, 2012)

²⁰ Uma questão já se encontra definitivamente incorporada à ciência penal contemporânea: é necessária a adequação constitucional do ordenamento jurídico. Sem dúvida, o Estado Democrático de Direito deve respeito a uma perfeita hermenêutica constitucional, na qual os direitos humanos se elevam ao plano de garantias fundamentais (FERRAJOLI, 1999, p. 67).

Assim, o ordenamento jurídico-penal se legitima quando tutela os direitos fundamentais inscritos na ordem constitucional. Sustenta-se mais: a instância normativa constitucional não deve formular apenas o limite ao poder de punir, devendo igualmente ser seu fundamento (PRADO, 1996, p. 83). A tutela de bens jurídicos, objeto da atuação penal, deve restar limitada e, o que é mais importante, também fundamentada pela Constituição (ROXIN, 1981, p. 16).

Resumidamente, a intervenção penal ocorrerá quando houver necessidade de proteção de direitos e garantias fundamentais (com os direitos humanos positivados funcionando como fundamento da intervenção), desde que haja ofensividade e proporcionalidade nesta atuação. Pensar o sistema punitivo respeitador da ofensividade e da proporcionalidade (como seus limites) é entendê-lo respeitador e protetor dos direitos fundamentais (como seu fundamento). A ordem constitucional funciona, então, como limite positivo a esta intervenção punitiva: “Significa que, para a máxima intervenção estatal ser admissível, não basta que a lei penal não entre em conflito com a Constituição, devendo, necessariamente, recair sobre condutas que firam os valores de relevância constitucional.” (PASCHOAL, 2003, p. 59)

²¹ Sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Assim, para a legitimação da intervenção penal, deve-se afastar do conteúdo do bem jurídico a ideia de utilidade e conveniência do cumprimento das funções administrativas do Estado. Este é um componente político que não se coaduna com a intenção punitiva. Os valores protegidos pelo Direito Penal Econômico devem ter relação imediata e direta com os princípios e valores constitucionais. Mesmo porque é a própria Constituição Federal de 1988 que determina que a regulação do mercado se vincule à concretização dos valores e princípios constitucionais.

Fábio Freitas Dias (2006, p. 122) assim expõe: “a Magna Carta se impõe, de forma vinculante, a toda ordem jurídica punitiva, estabelecendo uma relação direta entre o Direito Penal e os valores mais essenciais da comunidade.”

Contudo, deve-se somente ter um cuidado: não significa que, autorizada pela Constituição, a norma penal deva incriminar tudo o que seja direito fundamental. Almeja-se um Direito Penal constitucionalmente orientado à sua subsidiariedade.²²

7 POR FIM, UM NECESSÁRIO REPARO NECESSÁRIO: A REGULAMENTAÇÃO DO CAMPO ADMINISTRATIVO PARA RECEBER ESTA DEMANDA

Como visto, a intervenção do Estado é exercida duplamente: por meio do poder sancionador da Administração e pelo poder sancionador do sistema penal. E ambos têm reflexo na atividade econômica moderna. A utilização apenas da via penal, não configura o caminho mais adequado à proteção desejada. Por outro lado, não se deve utilizar o Direito Penal como via oblíqua para garantir as funções do Estado.

Como se propõe, o bem jurídico a ensejar a tutela do Direito Penal deve estar limitado constitucionalmente. Estabelece-se, pois, tais limites para a atuação punitiva, na seara do Direito Penal Econômico (delimitando, nesse contexto, o bem jurídico penal supraindividual).

Contudo, não se pode descartar a necessária competência sancionatória atribuída ao Estado-administração, como parte do conjunto de atividades administrativas inerentes à regulação econômica. A finalidade é punir quem desrespeita preceitos normativos necessários à garantia das funções de regulação da ordem econômica (MOREIRA, 2004, p. 184).

²² Mesmo porque a ordem constitucional não faz a distinção entre as funções e os bens jurídicos que se originam da tutela jurídica da economia. A partir dos valores constitucionais, caberá ao legislador infraconstitucional promover esta separação, levando ao Direito Penal apenas o necessário (evitando-se sua administrativização).

A competência sancionatória exercida mediante aplicação de sanções de natureza administrativa impõe-se em “consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo” (OSÓRIO, 2006, p. 104). É característica do poder sancionador do Estado a instrumentalidade da sanção administrativa.

Assim, é preciso repensar, sob o viés filosófico, normativo e pragmático, a finalidade e a estrutura do Direito Administrativo-sancionador. Somente assim, diante de uma sociedade de riscos globais, esse campo do direito estará preparado para receber uma demanda cada vez mais premente. Em resumo, é necessário reestruturar e fortalecer o Direito Administrativo-sancionador.

Nas palavras de Egon Bockmann Moreira (2004, p. 187): “em sede de Direito Administrativo a punição retributiva escapa aos fins e limites típicos do Direito Criminal (a personalidade do agente, o seu estado anímico, a sua ressocialização, etc).” Por isso, ainda que seja característica da punição administrativa a instrumentalidade da sanção, a concepção sancionadora na seara econômica não pode ter unicamente natureza punitiva ou repressiva. Pelo contrário, sua “ideia primeira está em conter abusos e prevenir desvios, desestimulando os agentes a arcar com riscos e custos extraordinários.” (MOREIRA, 2004, p. 183).²³ É uma visão diametralmente oposta à tradição clássica do Direito Penal.

Assim, para se evitar a expansão da administrativização do Direito Penal, é necessário fragmentar e delimitar melhor o campo de incidência do Direito Penal Econômico e do Direito Administrativo-sancionador.

Sob essa ótica, um necessário reparo deve ser feito, ainda que inexista em nosso ordenamento jurídico um regime geral de Direito Administrativo-sancionador, essa situação não pode ser tida como um “cheque em branco” para a Administração, que permanece adstrita aos limites constitucionais. O Estado, também ao exercer o poder regulador de funções, está estritamente vinculado aos princípios da legalidade, finalidade, segurança jurídica, proporcionalidade, dentre outros. Esta é, inclusive, a posição atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores.²⁴

A solução, pensa-se, passa por regulamentar de forma adequada a normatização da tutela administrativa sancionadora. A ideia é sistematizar este ramo do Direito, aos moldes do que é feito em Portugal (Direito das Contraordenações) e em outros países da Europa.

²³ Sobre as diferentes funções das sanções, vide: SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 24.559/PR. *DJe*, 01 fev. 2010, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 ago 2013.

8 CONCLUSÃO

Como visto, o contexto expansionista do Direito Penal relaciona-se diretamente com o surgimento de uma sociedade de riscos. Suas principais características são a mudança do paradigma liberal do Direito Penal, com a ampliação de bens jurídicos tutelados e a flexibilização de regras de imputação.

Há, ainda e em algumas situações, o afastamento do bem jurídico e a utilização da proteção de funções estatais como estratégia da intervenção penal. Para tanto, utiliza-se da proliferação de normas penais como meio de garantia de obediência a comandos do Estado que visam proteger funções estatais.

Lado outro, o reconhecimento da existência de uma sociedade de riscos pós-industriais inevitavelmente requer do Estado uma nova concepção intervencionista. Surge o Direito Penal Econômico, substituindo a tutela penal tradicional pela proteção dirigida aos bens jurídicos considerados supraindividuais (equiparados aos direitos fundamentais de terceira geração). Esses valores encontram tutela no Direito Penal, uma vez que sua violação implica em riscos sociais, ainda que hipotéticos e difusos.

Afigura-se, necessário, portanto, definir o bem jurídico com dignidade penal de modo distinto das funções do Estado, estabelecendo os limites constitucionais para a atuação penal na seara econômica, sob pena de se perverter as finalidades últimas do próprio Direito Penal. A tutela punitiva não pode ser usada como meio imediato de afirmação do Poder da Administração, mascarando suas fragilidades e otimizando sua atuação desta forma agressiva. As transgressões aos comandos estatais devem ser matéria debatida no Direito Administrativo-sancionador.

Uma questão final. Mais do que pensar a (in)constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, é preciso revisitar (e rechaçar) a ideia de administrativização da tutela penal, que ocorre através da intervenção punitiva deste ramo do Direito em questões ligadas ao simples descumprimento de funções meramente administrativas. Afasta-se, assim, da ideia de ofensividade e de exclusiva proteção de bens jurídico-penais.

Trata-se de um equívoco político-criminal.

Fica perceptível que o Direito Penal tem se afastado de sua principiologia constitucional, que orienta a intervenção punitiva como *ultima ratio*. A noção fragmentária e subsidiária do Direito Penal tem sido deixada de lado quando se trata da tutela de interesses difusos. Antecipa-se a punição para antes da efetiva necessidade de proteção dos bens

jurídicos eleitos à proteção, de forma a evitar a ofensa futura. Esta, contudo, deveria ser uma função da Administração Pública (e, portanto, do Direito Administrativo).

Certo é que há uma confusão entre o que deve ser tutelado pelo Direito Penal e o que deve restar protegido apenas pelo Direito Administrativo.

A questão do perigo abstrato deve ser analisada, quanto à sua constitucionalidade (questão da ofensividade), considerando-se a necessária evitação da administrativização do Direito Penal (esta característica sim, atentatória ao princípio da ofensividade, sem a menor dúvida). O perigo, mesmo que abstrato, deve ser ligado a um valor de proteção necessária, e cuja ofensa (ou ameaça) deva ser punida criminalmente. Mais que isto, a presunção do perigo abstrato não pode ser tida de forma absoluta, alijando-se a possibilidade do caso concreto retirar esta característica determinada *a priori*.

Desta forma, restará ao Direito Administrativo-sancionador apenas a legítima tutela das funções estatais (tutela da atividade administrativa e ordenadora do Estado). Tal premissa é absolutamente necessária para a sistematização de um ordenamento jurídico racional e respeitador da lógica constitucional de regulação social.

9 REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BALDAN, Edson Luís. *Fundamentos do Direito Penal Econômico*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BECHARA, Ana Elisa Libertore S. Critérios Político-Criminais da Intervenção Penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: FRANCO, Alberto Silva (Coord); LIRA, Rafael (Coord). *Direito penal econômico: questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 24.559/PR. *DJe*, 01 fev. 2010, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 ago 2013.
- COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. Os delitos econômicos na atualidade. O crime de colarinho-branco e a lavagem de dinheiro. In: D'AVILA, Fabio Roberto (Coord); SOUZA, Paulo Vinicuis Sporleder de (Coord). *Direito Penal Secundário: estudos*

- sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer. et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trolha, 1999, p. 67.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GALBRAITH, John Kenneth. CARVALHO, Leônidas Gontijo (Trad). *O novo Estado industrial*. 2. ed. São Paulo: Pioneira Editora, 1978.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15-24.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. vol. 01, tomo II, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- NEVES, Rodrigo Santos. *Função Normativa e Agências Reguladoras: uma contribuição da teoria dos sistemas à regulação jurídica da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas: Reflexões iniciais acerca da conexão entre os temas. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativa*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- OSÓRIO, Fábio. *Direito Administrativo sancionador*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal; parte geral*. V 1. 8 ed. Salvador: Jus Pvdium, 2012.
- RIGHI, Esteban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: *Ad Hoc*, 2000.
- ROXIN, Claus. *Culpabilidad, prevención em derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial REUS, 1981.
- _____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179-210.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 102, p. 13-43, 2013.
- SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Ubiquidade-Constitucional.pdf>>. Acesso em: 23 ago 2013.
- SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. O princípio da subsidiariedade e a expansão do direito penal econômico. In: D´AVILA, Fabio Roberto (Coord); SOUZA, Paulo Vinicuis Sporleder de (Coord). *Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2006.
- SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.
- SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Traducción directa del inglés por Laura Belloqui. Montevideo – Buenos Aires: B de f, 2009.
- TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función em derecho penal*. Traducción de Mônica Cuñaro. Buenos Aires: Hammurabi.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Empresa y derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.
- TIEDEMANN, Klaus. *Direito penal econômico; introducción y parte general*. Traducido de la 2ª edición alemana (2007) por Héctor Hernández Basualdo; Rodrigo Aldoney Ramirez; Manuel A. Abanto Vasquez. San Jose: Grijley, 2009.