A ORDEM ECONÔMICO-FINANCEIRA COMO BEM JURÍDICO PENAL

uma análise dos limites ao poder de criação de normais penais no Estado Democrático de Direito

Felix Magno Von Dollinger[1]

Resumo: O presente ensaio tem por escopo estudar a importância Ordem Econômica no Estado Democrático de Direito e, portanto, sua necessidade de proteção pelo Direito Penal. A atual sociedade, com seus rápidos progressos tecnológicos e no tráfego comercial, está promovendo constantes mudanças no tecido social, criando maiores "riscos" aos seus membros, o que impõe um intervenção no campo penal, muitas vezes através da elaboração de crimes de perigo. Nessa linha, surge a importância da discussão dos limites do emprego do mais rígido dos meios de proteção estatal, condicionado pelos princípios constitucionais, em especial, a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana, ordem econômica, princípios do Direito Penal, sociedade de risco, crimes de perigo.

Abstract: This test is important to study the scope of economic order in a democratic state and therefore its need for protection by criminal law. The current society, with its rapid technological advances and commercial traffic, is promoting the changing social fabric, creating greater "risks" to its members, which imposes a criminal action in the field, often through the development of dangerous crimes. In this line, comes the importance of discussing the limits of the use of more rigid of the protective state, conditioned by the constitutional principles, in particular the dignity of the human person.

Keywords: human dignity, economic, criminal law principles, risk society, crimes of danger

Sumário: 1-Introdução; 2- A questão do bem jurídico para o Direito Penal Econômico e sua diferença para o Direito Penal clássico; 3- A supraindividualidade do bem jurídico no Direito Penal Econômico; 4- A chamada sociedade de risco e a utilização do Direito Penal Econômico como mecanismo de proteção; 5- A necessidade de criminalização de certas condutas praticadas contra a ordem econômica; 6- Os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade e a limitação material imposta ao

---

[1] O autor é Professor de Direito Penal econômico na Faculdade de Direito Batista de Minas Gerais, Delegado de Polícia Civil e Mestrando em Direito Empresarial, na Faculdade de Direito Milton Campos.

Direito Penal pela Carta Magna; 7- A incriminação de condutas lesivas à ordem econômica através dos chamados crimes de perigo abstrato; 8- Conclusão.

1- Introdução

O atual estágio do capitalismo tem exigido dos países elevado nível de rigor no controle de suas respectivas finanças públicas e desenvolvimento padronizado de suas ordens econômicas domésticas. Tal situação é orientada por organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional, em um quadro mundial formado por grandes blocos econômicos e de intensa relação comercial propiciada pelos avançados meios de comunicação. Resultado disso é uma maior interdependência entre os países, os quais passam a exercer, em maior ou menor grau, mútuas fiscalizações sobre a higidez financeira dos componentes de um mesmo bloco econômico. Sob esse aspecto, a ordem econômico-financeira passa a ser visualizada como parte essencial da estrutura do Estado, para o desenvolvimento de todas as suas políticas, merecendo, portanto, proteção jurídica.

Desde o fim da I Guerra Mundial, os Estados perceberam a necessidade de sua intervenção na economia, não podendo ser apenas expectadores (típico dos Estados Liberais), o que implicaria na própria desestruturação do Estado, uma vez que a economia estava relegada aos interesses particulares e não ao interesse coletivo. Vigendo assim o mais puro darwinismo social, o que imperava no liberalismo era a máxima do *pacta sunt servanda*, sem ingerência do Estado, que deixava aos particulares controlar os rumos da economia.

No Brasil, somente a partir da Constituição de 1934, foi dedicado um Título sobre a Ordem Econômica e Social, sendo que na Constituição de 1937, houve previsão do momento e forma de intervenção do Estado no domínio econômico.

Desde aquele período de 1934, as Cartas Políticas brasileiras não mais deixaram de tratar em seu bojo a respeito da ordem econômica. De fato, a Carta Política brasileira de 1988 em

seu artigo 170 estabelece que *a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.* Estabelece ainda a repressão ao abuso do poder econômico e punição dos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

A tutela dessa ordem econômico-financeira, em virtude de sua relevância, em especial dos efeitos que causa na vida em sociedade, torna-se bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal, instrumento de proteção mais rigoroso do Estado. Todavia, o tipo de delinquência que ataca a ordem econômica possui características bem distintas daquelas combatidas pelo Direito Penal clássico, acostumado com a proteção de bens individualizados, tais como a vida, o patrimônio e a honra.

ALBOR (1978, p. 07-08) já alertava que:

> *Esta situación se está produciendo en nuestra sociedad, ante la aparición de nuevas formas de delincuencia económica que no tienen facil acomodo en los textos punitivos. La corrupción y el llamado delito económico hallan campo abonado en nuestros dias y la administración de justicia encuentra serias dificuldades en la persecución del poderoso que detenta, en la sociedad de consumo, influencias que entremezclan la economia y la política.*
>
> *Casos recientes ocurridos en nuestra sociedad evidencian la aparicón de la denominada "delincuencia de cuello blanco", que se contrapone a la "delincuencia de cuello azul". Aquélla perteneciente a la clase acomodada, dirigente, "distinguida", está a la clase proletária, trabajadora, "obediente".*

Todas essas observações implicam necessariamente na discussão dos limites da proteção a ser conferida pelo Direito Penal Econômico, em face desse novo paradigma de criminalidade, uma vez que o *"direito da sanção máxima é ao mesmo tempo o direito da intervenção mínima",* nos moldes do que diz MALHEIRO FILHO (2009, p. 66).

2- A questão do bem Jurídico para o Direito Penal Econômico e sua diferença para o Direito Penal clássico

Em toda sociedade são eleitos valores, os quais são reputados fundamentais para o seu desenvolvimento, sua segurança e sua estabilidade. São ideais que inspiram o seu progresso. Nessa linha, o bem, em sentido lato, é tudo aquilo dotado de valor, dignidade, utilidade, podendo ser material ou imaterial e, portanto, merecedor de proteção.

Mas o que seria o bem jurídico? Para Toledo (1986, p.16), *"*bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas*".* Ao se transplantar o conceito supra para o Direito Penal econômico, volta-se a sua raiz, a Constituição da República, que ao regulamentar a ordem econômica, indica que esta apresenta conexão direta com valores fundamentais para o Estado Democrático de Direito brasileiro, como dignidade da pessoa humana, soberania, justiça social.

Assim, a ordem econômica ganha especial destaque e proteção na ordem jurídica, merecendo, pois, a tutela da ordem penal. Aquela pode ser definida como o controle estatal da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Seus reflexos se dão em todo o organismo social, na estrutura do Estado (este não pode estar mais alheio às questões econômicas, como no liberalismo). Aliás, é comum a expressão que sem liberdade econômica não há liberdade política. Oliveira Júnior (2008, p.154) afirma que *"*O substrato do bem jurídico(...) corresponde ao valor axiológico intrinsecamente vinculado a este último e que aposta na tutela exaurida no tipo de injusto como unidade indissociável (*ratio legis).*

VALLE (2004, p. 33/34) faz importantes considerações:

> *La crítica de que esta caracterización del Derecho penal económico es excesivamente amplia y meramente descriptiva porque carece de la determinación de um bien jurídico-protegido no tiene en cuenta la necesaria referencia político-criminal a la criminalidad económica: el esfuerzo para la contención o la supresión de la criminalidad en el ámbito de la vida económica. La relación económica en sentido estricto del comportamiento socialmente dañoso no permite afirmar que una conducta ilícita se encuentra dentro del âmbito de estúdio del Derecho penal económico. No*

> *se trata, por tanto, de delimitar un sector de la parte especial del Derecho penal con el factor común de protección de un interés que pueda ser abarcado en único concepto, sino del estudio de un sector de la criminalidad en el que concurren aspectos especiales que pueden justificar un tratamiento preventivo específico.*

Com isso, todos os valores interligados à ordem econômica, tais como os consumidores, o mercado, o sistema financeiro, devem ser igualmente tutelados penalmente, uma vez que fazem parte de um complexo unitário, em que a atuação saudável de um valor é fundamental para o funcionamento do outro.

A nota distintiva desta ordem econômica em relação aos demais bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal (clássico) é o seu caráter supraindivididual, típico de uma sociedade de massas, como se verá na sequência.

3- A supraindividualidade do bem jurídico no Direito Penal Econômico

Classicamente, os romanos subdividiam o direito objetivo em dois ramos: o público e o privado. Este regula as relações das pessoas entre si, enquanto aquele cuida dos interesses da comunidade (MONTEIRO, 1996, p. 08 e 10).

Com o desenvolvimento das relações sociais e a evolução dos direitos fundamentais, foram reconhecidos novas situações, cujo enquadramento não se dá de forma perfeita na classificação referida. É o caso dos chamados direitos supra-individuais, de terceira geração, cuja natureza supera a *suma divisio* do direito público-privado.

Celso de Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal, *apud* MORAIS (2001, p. 57), assim se expressou:

> [...] os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (STF-Pleno- MS nº 22164/SP- Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 de novembro de 1995, p. 39.206).

Esses bens de terceira geração (meio ambiente, a ordem econômico-financeira, por exemplo) criaram novos microssistemas, com características peculiares, com a marca da supraindividualidade, ou seja, bens transindividuais, indivisíveis.

A ordem econômica, bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico, pela sua natureza, cria a principal diferença em relação ao Direito Penal Clássico, cuja tutela sempre se notabilizou pela proteção de bens individuais, tais como a vida, a liberdade, o patrimônio. A proteção da ordem econômica encerra também uma proteção dos valores que ela abriga, "[...] como sendo o de assegurar a todos existência com dignidade, a partir de um modelo econômico que propicie a construção do Estado Democrático - e Social -de Direito, e por conseguinte, o progresso coletivo" (OLIVEIRA JÚNIOR, 2008, p.154).

4- A chamada sociedade de risco e a utilização do Direito Penal Econômico como mecanismo de proteção

Considerando o caráter supraindividual do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico, a ordem econômica ganha especial relevo na análise da aplicabilidade daquele direito sancionador em face da sociedade que visa proteger. O sociólogo alemão Ulrich Beck em sua obra A Sociedade do risco (título em original *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*) faz uma análise da atual sociedade a partir de sua modernização, que por seu turno criou uma série de riscos aos seus membros. Passa a refletir sobre os limites, os valores e as conseqüências que esses perigos trazem ao convívio social, citando como exemplo o acidente nuclear de Chernobyl, ocorrido no ano de 1986. A partir desse evento trágico, o autor traça um paralelo entre as conquistas alcançadas pelo progresso tecnológico e os riscos a que se submete a nova vida em sociedade. Na obra citada, em sua tradução para o espanhol (*La Sociedad Del Riesgo*, 1998, p. 12) afirma:

> *Las centrales nucleares (que son la cumbre de las fuerzas productivas y creativas humanas) se han convertido a partir de Chernobyl en signos de una Edad Media moderna Del peligro, en signos de amenazas que, al mismo tiempo que impulsionam al máximo el individualismo de la modernidad, lo convierten en su contrario.*

Avançando pelo estudo da repartição de riquezas e riscos em sociedade, as desigualdades, globalização e a reflexão de todos esses fenômenos, pode-se sumariamente definir a sociedade de risco como aquela em que a influência do desenvolvimento tecnológico e econômico não só rompe as práticas sociais tradicionais (família, por exemplo), mas está em constante perigo causado pelas rápidas e constantes mudanças políticas, econômicas e industriais, que tomam proporções cada vez maiores e fugindo do controle e proteção das instituições criadas pela sociedade industrial.

O Direito Penal, ao interpretar a teoria da sociedade do risco, por sua vez, entende que quanto maiores os riscos sociais, maior a necessidade de sua intervenção, formatando-se um Direito Penal da Sociedade de Risco ou Direito Penal de Risco. O Direito Penal passa a estar diante de novos paradigmas de interpretação, nos quais o chamado risco é limite de atuação e interpretação daquele ramo.

Esse posicionamento não é pacífico na doutrina, conforme esclarece (SILVEIRA, 2006, p. 40), uma vez que não se admitiria a proteção antecipada de bens jurídicos, uma vez que se negaria a própria existência de sociedade de risco, ou seja, o risco seria inerente a qualquer sociedade.

Já a corrente contrária enxerga a necessidade de Direito Penal do Risco como uma necessidade dos novos tempos de globalização, economia supranacional, mas sob uma perspectiva de um sistema aberto: “o sistema jurídico, por ele, nada mais seria do que um subsistema social, utilizando-se da operacionalidade comunicativa com o sistema de normas” *(*SILVEIRA, 2006, p. 47).

5- A necessidade de criminalização de certas condutas praticadas contra A Ordem Econômica

De acordo com o citado princípio da subsidiariedade, o Direito Penal somente será utilizado quando os demais meios de intervenção judicial não forem suficientes para impedimento do ilícito ou mesmo a reparação do dano provocado. A responsabilização civil do indivíduo faz com este seja submetido aos ônus/custos que sua ação resultou, ou seja, uma compensação financeira à vítima.

Todavia, essa responsabilização civil, em certos casos não é suficiente, como nos casos de impossibilidade de compensação e necessidade de se impedir a repetição do ato lesivo (PEREIRA, 2010, p. 30). O homicídio é um exemplo clássico. Não basta uma tentativa de compensação financeira (apesar de haver a *actio civilis ex delito)*, mas é evidente que o sistema jurídico, através do Direito Penal quer evitar que outros crimes ocorram.

Pereira (2010, p. 31-32) prossegue explicando a necessidade de incriminação em relação aos crimes falimentares e que é perfeitamente ajustável à ordem econômica em geral:

> Em relação aos crimes falimentares a explicação acima referida é de aplicação indubitável. Com efeito, impossível seria responsabilizar o autor das condutas tipificadas como crime falimentar com mera indenização oriunda de responsabilidade civil, pelos seguintes motivos:
> (1) A indeterminação e a pluralidade das vítimas dos delitos falimentares...
> (2) Os danos causados pelos crimes falimentares na maior parte são incalculáveis...
> (3) Pelos mesmos motivos elencados no item anterior, seria impossível aplicar o conceito de indiferença econômica ao crime falimentar, de modo a sustentar que as vítimas, ao serem indenizadas, entendessem como economicamente similar sofrer ou não sofrer o dano causado pela conduta criminosa.
> (4) A imposição de compensação econômica em crimes falimentares, de forma isolada, não teria o condão de impedir ou deter a prática desses delitos.

Vista a necessidade que se impõe à criminalização de condutas que ofendem à ordem econômica, a seguir serão analisados os limites à ação interventora do Direito Penal.

6- Os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade e a limitação material imposta ao Direito Penal pela Carta Magna

A Constituição da República de 1988 dispõe do art. 170 ao 181 a ordem econômica e financeira, parte essa da Carta Magna conhecida como constituição econômica, em que estão descritos os princípios e objetivos daquela ordem.

A ordem econômica para Prado (2009, p.35) é a intervenção do Estado para regulamentar o desenvolvimento e a conservação da produção circulação, distribuição e consumo de bens e serviços no mercado. Pelo texto constitucional, essa intervenção do Estado na ordem econômica se dá por exceção, uma vez que " a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*".*

Prado (2009, p. 36) ainda salienta:

> Esse conceito de ordem econômica acaba por agasalhar as ordens tributária, financeira, monetária e a relação de consumo, entre outros setores, e constitui um bem jurídico-penal supra-individual, genericamente considerado (bem jurídico categorial), o que por si só não exclui a proteção de interesses individuais. Além disso, em cada tipo legal de injusto há um determinado bem jurídico específico ou em sentido estrito (essencialmente de natureza supra-individual), diretamente protegido em cada figura delitiva. Tal concepção fundamenta em sede penal um conceito amplo de delito econômico, mas não totalizador ou amplíssimo.

Nesse diapasão, se o conceito de delito econômico não é total, onde estão os limites ou círculo de atuação do Direito Penal Econômico? Inicialmente, é preciso esclarecer que devido à constante mutabilidade da economia, não é possível ao legislador, mesmo dentro de uma Constituição analítica como a brasileira, definir todos os bens merecedores de proteção penal. Na verdade, Carta Magna de 1988, em seu art.173, § 4º, fornece um norte ao legislador ordinário ao prever que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*".*

Valle (2004, p. 42-43) fala que a Constituição não exige um padrão de sanção para lesões à ordem econômica , desde que se garanta a confiança na vigência das normas que regulam a atividade econômica e prossegue nesse sentido:

> [...] *no existe ninguma obligación constitucional de regulación del Derecho penal económico mediante leyes penales, si bien una regulación de sanciones de Derecho penal administrativo o de Derecho sancionatorio administrativo no puede prescindir de la exigencia de cohesión con las leyes penales, sean el Código Penal, sean leyes penales especiales. Sin embargo, las infraciones de las normas que rigen la vida económica y que, a su vez, representan un peligro para la vida o para otros intereses personales deben ser sancionadas a través del Derecho penal, pues en las sociedades modernas la valoración a través de leyes penales en sentido estricto, pues representan lesiones del bien común de tal gravedad que la confianza en la vigencia de normas que lo protegen en esos ámbitos no puede ser garantizada de outra manera*.

Os valores elencados pela Constituição em sua ordem econômica são, ao mesmo tempo, os limites à atuação do Direito Penal Econômico, como também fundamental a sua dimensão material. Não basta, que o ato incriminado preencha os requisitos de conduta, adequação típica, nexo de causalidade e resultado. É preciso também averiguar se a dimensão material do tipo penal (econômico) também esteja completa, ou seja, se o resultado fora juridicamente relevante para a necessária intervenção penal, ou seja, algo socialmente danoso (ZAFFARONI e PIERANGILI,1999, p. 568).

Nessa linha, a doutrina elenca uma série de princípios limitadores e informadores da tipificação de crimes, dentre eles a intervenção mínima, a fragmentariedade e a subsidiariedade. O princípio da intervenção mínima, como o próprio nome indica, é aquele que orienta limitação da intervenção do Direito Penal nas ações estatais e daí "*decorre que o direito da sanção máxima é ao mesmo tempo o direito da intervenção mínima"* (MALHEIROS FILHO, 2009, p. 65-66). "Intervenção mínima é uma tendência político-criminal contemporânea que postula a redução ao mínimo da solução punitiva dos conflitos sociais, em atenção ao efeito frequentemente contraproducente da ingerência penal do Estado" (ZAFFARONI e PIERANGILI, 1999, p. 358). Essa intervenção mínima é, por sua vez, traduzida pelo caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal.

A subsidiariedade determina que o Direito Penal atuará apenas quando os demais ramos do ordenamento jurídico forem insuficientes para a proteção do bem jurídico tutelado. Para Toledo, o caráter fragmentário do Direito Penal significa que "dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns - os mais graves - são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal*"* (TOLEDO, 1986, p.14-15).

Referidos princípios informadores do Direito Penal são consagradores das garantias individuais constitucionais (liberdade em especial, uma vez que a pena de morte é exceção para os casos de guerra externa declarada). Aliás, sob o enfoque da doutrina constitucional, todos os princípios de Direito Penal devem ser interpretados primeiro à luz da Carta Magna, pois é dela que decorre toda a fonte de validade do sistema jurídico.

Com isso, a subsidiariedade e a fragmentariedade passam a ser barreiras constitucionais ao poder de criação de normas penais do Estado, evitando-se com isso a criação das chamadas "norma de mero capricho". Para Arnaldo Malheiro Filho (2009, p. 84), o *"*descontrole começa pelo surgimento de certa interpretação, nada rara, de que algumas vedações são conseqüência de mero capricho do legislador que, como vimos acima, estaria a dizer "não pode porque não quero*".*

Gomes (1999, p. 29) já alerta sobre a criminalização, por exemplo, do fabrico de açúcar não autorizado (Decreto-Lei 16/66) e o fornecimento de bebida alcoólica para índios não integrados (Lei 6001/73). Nessa seara, problema mais grave ocorre quando a norma penal não está a serviço da proteção dos mais relevantes bens jurídicos sociais, mas da atividade fiscal do Estado. O Direito Penal Econômico deve necessariamente manter coesão com o resto do sistema penal, observando seus princípios basilares. VALLE (2004, p. 43) alerta que "*... el sistema de Derecho penal económico, y los límites derivan tan solo de los límites que se establecen a su vez en el denominado Derecho penal nuclear, en relación con el cual debe existir siempre una total cohesión."*

Os crimes de apropriação indébita previdenciária e de sonegação previdenciária são exemplos de ofensa à subsidiariedade e fragmentariedade. Nos dois tipos penais,

decorrente de política criminal do Estado (EISELE, 2001, p. 15), o Legislador previu penas que variam de dois a cinco anos de reclusão para aquele que deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas, no prazo e forma legal, alternando o convencional, a supressão e a redução da contribuição social previdenciária e qualquer acessório.

À *prima facie* poder-se-ia, equivocadamente, argumentar que o Legislador estaria apenas adaptando o sistema a uma nova forma de criminalidade, protegendo um bem jurídico previsto constitucionalmente, qual seja, a previdência social e todos os seus consectários. Todavia, a leitura do § 2º do art. 168-A (apropriação indébita previdenciária) e do §1º do art. 337-A (sonegação de contribuição previdenciária), expõe a intenção arrecadadora do Estado, quando este prevê que a extinção da punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

Ainda demonstrando uma intenção puramente arrecadadora do Estado, tem-se ainda a Lei 9964 de 10 de abril de 2000, que prevê a suspensão da pretensão punitiva se a pessoa jurídica relacionada com o agente do crime estiver incluída em programa de recuperação fiscal do governo antes do oferecimento da denúncia. Prevê também a referida Lei a extinção dos crimes contra a ordem tributária se a pessoa jurídica *relacionada com o agente dos delitos efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.*

Ao se comparar os referidos tipos penais, que lesam essencialmente um bem patrimonial (tributos que deixam de ingressar nos cofres públicos), com outros que também lesam o bem jurídico patrimônio (o furto, por exemplo), não se tem previsão de extinção da punibilidade em caso de devolução da *res furtiva* antes de qualquer ação estatal. Tal medida, acaso existisse, talvez obtivesse maior resultado em termos de política criminal, mormente em um país com elevados índices de desigualdade social e má distribuição de renda. O mais próximo disso, para os crimes contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, é a redução da pena prevista no art. 16 do CP (arrependimento

posterior). Com essas críticas, caminha-se à discussão sobre o uso dos crimes de perigo abstrato às condutas lesivas à ordem econômica.

7. A incriminação de condutas lesivas à Ordem Econômica através dos chamados crimes de perigo abstrato

As mudanças de paradigmas vistas entre o Direito Penal clássico e o Direito Penal Econômico tornam-se mais evidentes diante da chamada sociedade de riscos. Alguns penalistas, considerando que a atual sociedade propiciaria mais riscos às pessoas, que no passado, passaram a entender que o Direito Penal deveria antecipar-se aos riscos, coibindo-os, através dos crimes de perigo:

> A afetação do bem jurídico pode ocorrer de duas formas: dano ou lesão e de perigo. Há dano ou lesão quando a relação de disponibilidade entre o sujeito e o ente foi realmente afetada, isto é, quando, efetivamente, impediu a disposição, seja de forma permanente (como ocorre no homicídio) ou transitória. Há afetação do bem jurídico por perigo quando a tipicidade requer apenas que essa relação tenha sido colocada em perigo (ZAFFARONI e PIERANGILI, 1999, p. 561).

A proliferação de crimes de perigo na seara do Direito Penal Econômico não passou incólume às críticas da doutrina, que argumentaram que não cabe ao Direito Penal afastar todos os riscos sociais e que a interferência desse ramo não seria de fato efetiva (MALHEIROS FILHO, 2009, 94-95).

Os delitos de perigo se dividem em abstrato e concreto. Neste caso, o perigo faz parte do tipo e deve ser demonstrado caso a caso (como no caso do crime de perigo de contágio venéreo, previsto no art. 130 do Código Penal). No perigo abstrato, sua existência é uma presunção legal (*v.g.* o porte ilegal de arma de fogo).

Silveira (2006, p. 127-141) faz menção à mudança da doutrina penal nos anos 60 e 70, que passa a substituir a ideia clássica de crime de perigo concreto e abstrato por,

respectivamente, crimes de resultado de perigo e crimes de mera conduta perigosa. Os primeiros são resultado de uma ação prévia, um estado intermediário entre a conduta e a lesão ao bem jurídico, onde estão presentes um desvalor da ação e um desvalor do resultado. Nos crimes de mera conduta perigosa, aplica-se a doutrina da imputação objetiva (punição do incremento do risco socialmente desaprovado) em que é avaliada a perigosidade de uma ação *ex ante*, não se exigindo um resultado perigoso, mas o risco de uma conduta.

Em virtude da chamada sociedade de riscos, há uma proliferação dos crimes de perigo (em especial os de perigo abstrato), opção legislativa mais freqüente em relação à forma de proteção da ordem econômica, cujo caráter supra-individual exigiria maior defesa através dos tipos penais de perigo abstrato: “Por outro lado, tendo por princípio a presença da ideia da violência ou lesividade, é de se ter que tal técnica não pode ser simples expediente legislativo, mas sim única forma de guarida de determinado bem *(*SILVEIRA, 2006, p. 177).

8. Conclusão

O Estado Democrático de Direito, o qual tem por valor máximo de referência a dignidade da pessoa humana, implica determinar que as normas penais elaboradas sob a égide da Carta Magna sejam delimitadas para a defesa dos direitos e liberdades fundamentais, conforme art. 5º, inciso XLI.

A noção de bem jurídico é fundamental para a consideração da ordem econômica como um valor a ser digno de proteção no âmbito penal, levando-se em conta a relevância do bem (valor expressa ou implicitamente protegido constitucionalmente). Mesmo em uma sociedade globalizada, com a presença de uma economia transnacional, cuja tutela se faz necessária pelo Direito Penal econômico, não se pode perder de vista os fundamentos do Direito Penal clássico, nem as garantias individuais dos cidadãos a duras penas conquistadas. Não podem ser admitidos como constitucionais, os tipos penais que, em tese, visam a proteção de valores que não estejam implícita e ou explicitamente abarcados pela Carta Magna.

A fortiori, deve-se levar em conta a relevância do ataque ao bem tutelado, de modo que o tipo penal deixe claro como se dá a lesão ou perigo de lesão, evitando assim a criação de normas penais simbólicas ou de mero capricho. Estes são verdadeiros freios à criação e mesmo interpretação do Direito Penal moderno, o qual não poderia estar submetido apenas à vontade do legislador. De fato a Constituição, em face do princípio da ofensividade, deve ser analisada não como um repositório de normas penais, elastecendo ainda mais o rol de delitos no país, mas como fonte limitadora da criação e interpretação desse tipo de norma, que deve sempre ter em mira o princípio da dignidade da pessoa humana.

9. **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALBOR, Agustín Fernandes. **Estudios sobre criminalidad económica**. Barcelona: Bosch, Editorial S.A., 1978.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós Básica, 1998.

BRASIL. **Código Penal brasileiro.** Decreto-Lei 2848 de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** 1988.

EISELE, Andreas. **Apropriação indébita e ilícito penal tributário.** São Paulo: Dialética, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição.** 5ª ed. São Paulo: RT, 1999.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito Penal econômico e crimes de mero capricho. In: VILARDI, Celso Sanchez. PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. DIAS NETO, Theodomiro (Coords.) **Direito penal econômico:** análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63-104.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** Parte geral. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 9ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001.

OLIVEIRA JÚNIOR, Gonçalo Farias de. **Ordem econômica e direito penal antitruste**. Curitiba: Juruá, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico.* 3ª ed. São Paulo: RT, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal econômico como Direito Penal de perigo**. São Paulo: RT, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

VALLE, Carlos Perez Del. *Introduccion al Derecho penal econômico.* In: BACIGALUPO, Enrique (Dir). **Derecho penal económico.** Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 29-52.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGILI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.