

POLÍTICA CRIMINAL E DELITOS ECONÔMICOS: APONTAMENTOS PROSPECTIVOS SOBRE A QUESTÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL E A EXPANSÃO PUNITIVA DO DIREITO PENAL

CRIMINAL POLICY AND ECONOMIC CRIMES: PROSPECTIVE NOTES ON THE ISSUE OF CRIMINAL LEGAL GOOD AND THE PUNITIVE EXPANSION OF CRIMINAL LAW

Fernando Nogueira Martins Júnior*

RESUMO: O artigo procura tratar do tema da construção da política criminal hoje no Brasil. Com a ausência de bases razoáveis para a direção da política criminal brasileira, o que resta é a pura e simples Razão de Estado a informar o Direito Penal – e notadamente o chamado Direito Penal Econômico. A ausência de um conceito sólido de “bem jurídico” ajuda a sustentar tal situação, abrindo espaço para a criação de bens jurídicos difusos e coletivos, sem maiores lastros concretos. O resultado é a mitigação de direitos e garantias clássicos, a qual acaba por se estender aos demais casos penais, em especial atingindo os grupos vulneráveis que já são alvo preferencial do sistema de justiça criminal. Somado a isso, o uso da Constituição contra a própria Constituição, para a justificação de incriminações, torna tudo ainda mais complexo. Mostra-se importante construir referenciais mais sólidos para limitar o exercício do poder punitivo em nosso país, ainda que a expansão do direito penal econômico e do seu mercado jurídico correlato possam apontar como obstáculos em potencial no horizonte.

PALAVRAS-CHAVE: bem jurídico; econômico; Estado; incriminação; política.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Alguns problemas e uma sucinta macroexposição da querela da política criminal. 2 O bem jurídico e suas vicissitudes. 3 A problemática dos crimes econômicos. 4 Violação de direitos fundamentais na “torção” da constituição da república. 4 Conclusão: por uma consolidação democrática do conceito e dos limites de bem jurídico apto à proteção penal. Referências.

ABSTRACT: The article seeks to deal with the theme of the construction of the criminal policy today in Brazil. With the absence of reasonable basis for the direction of the Brazilian criminal policy, what is left is the plain and simple Reason of State informing Criminal Law – notably, the so-called Economic Criminal Law. The absence of a solid concept of “juridical good” helps to sustain such situation, opening space for the creation of diffuse and collective legal goods, without concrete coverage. The result is the mitigation of classic rights and safeguards, which ends up being extended to further criminal cases, especially striking the vulnerable groups who already are the preferential targets of the criminal justice system. Added to that, the use of the Constitution against the very same Constitution, for the justification of the incriminations, makes everything more complex. It would be urgent to construct more solid references to limit the exercise of the punitive power in our country, even if the expansion of economic criminal law and its corresponding legal market may appear as obstacles on the horizon.

KEYWORDS: legal good; economic; State; incrimination; policy.

149

INTRODUÇÃO

A legiferância penal contemporânea, notadamente no Brasil, segue em linhas gerais um trilho preocupante para o analista afeito aos ditames constitucionais e alinhado aos tratados internacionais de direitos humanos: uma e outra e outra vez sustenta-se a panaceia da sanção penal para a resolução dos mais diversos problemas experienciados pelo conjunto dos cidadãos (GOMES, 2020).

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto de Direito Processual Penal, Direito Penal e Prática Jurídica Real do Departamento de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas, na Universidade Federal de Lavras.



Na dimensão econômica – área das mais sensíveis na dinâmica social em qualquer parte do mundo hodierno – a regra é a mesma: no discurso acadêmico e técnico, a suposta eficiência das incriminações de condutas lesivas é tomada, de pronto, como modo privilegiado de proteção de bens jurídicos e de resposta, simbólica e ótima, para ataques a direitos cujos titulares são, *grosso modo*, a “coletividade” em sentido lato, o todo do corpo social (TIEDEMANN, 2010).

As constatações do minimalismo penal, do garantismo mundialmente propalado (FERRAJOLI, 2002), parecem continuar, em tese, atingindo ouvidos moucos.

É este artigo para, em caráter exploratório, investigar quais as bases racionais (ou a inexistência delas) para a política criminal na seara econômica.

Para tanto fez-se uso de ampla revisão bibliográfica na área, referente a publicações brasileiras e estrangeiras, a fim de gerar a lineamentos gerais – mas adequadamente sólidos – sobre a problemática em comento. A vivência do(a) autor(a) deste trabalho como profissional prático(a) na área criminal, atuante não só na seara dos crimes econômicos, mas também na área de direito humanos (onde certas “flexibilizações” e “inovações” oriundas do direito penal econômico acabam atingindo populações vulneráveis) também acaba por auxiliar na exposição e compreensão do tema.

150

1 ALGUNS PROBLEMAS E UMA SUCINTA MACROEXPOSIÇÃO DA QUERELA DA POLÍTICA CRIMINAL

A situação da dogmática penal usualmente aplicada no cotidiano do sistema penal brasileiro é deveras problemática, se vista pela lente dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e da cidadã. A falta de apuro técnico e a sanha punitivista de um senso comum tornado “prototeoria” tiveram como resultado, dentre outros, a vulgarização da dogmática jurídico-penal, transformada agora em mero semblante de técnica, em simulacro de análise da realidade fática no tocante a um dado fato delitivo (HASSEMER, 1999).

Com efeito, subjaz a toda essa discussão um apego a referenciais já ultrapassados pelas Humanidades como um todo. Nesse sentido, afirma Eugênio Raul Zaffaroni:

A deslegitimação dos sistemas penais e o desprestígio dos discursos jurídico-penais não se produziram abruptamente no marco teórico dos países centrais, mas resultaram de um longo processo de revelação de dados reais, acompanhado de um paralelo empobrecimento filosófico do discurso jurídico-penal, que permitiu a sobrevivência



– quase intactas neste discurso – de concepções do homem ou de antropologias filosóficas há muitas décadas desaparecidas das correntes gerais do pensamento. (ZAFFARONI, 1996. p. 45-46).

Numa movimentação autorreferenciada, o Direito Penal se reproduz em práticas e decisões alheadas da realidade numa dada sociedade, impingindo no corpo dos cidadãos penalizações firmadas em abstrações teóricas, o que têm resultados desastrosos em termos de redução das inseguranças real e percebida e de tratamento qualificado de conflitos sociais. Eugenio Raul Zaffaroni e Nilo Batista nos ensinam que:

Esta metodologia [a da dogmática] foi se desviando, até perder de vista, do fato de que um saber tão aplicado ao poder, por mais que, como todo programa, se refira ao *dever ser*, deve incorporar certos dados do *ser*, que são indispensáveis para seu objetivo. Esta omissão de informação indispensável não só ocorreu, como foi também teorizada até pretender construir um *saber do dever ser separado e qualquer dado do ser*, e considerou-se um mérito deste sua sempre crescente pureza ante o risco de contaminação com o mundo real [é a metodologia neokantista]. Tal pretensão nunca deixou de ser uma ilusão ou um objetivo inatingível, porque o *dever ser* (programa) sempre se refere a ‘algo’ (ser ou ente) e não pode o ser explicado em termos racionais sem incorporar dados acerca desse ‘algo’ que pretende modificar ou regulamentar. Não lhe resta alternativa senão entre reconhecer o ente ao qual se refere ou inventá-lo (criá-lo). O resultado foi que toda vez que se invocava um dado da realidade, pra refutar outro inventado, objetava-se que essa invocação era espúria, razão pela qual o saber jurídico-penal se arvorava em juiz da criação e em criador do mundo. (ZAFFARON, 2003, p. 64-65).

151

Isso teima em acontecer, de forma um tanto mais vulgar do que o (refinado) construto neokantista, na realidade penal brasileira. As decisões judiciais e do Ministério Público, além das visões que informam as pautas de ação do braço executivo do sistema penal (polícia, sistema penitenciário) padecem de um descolamento drástico do mundo da vida, sustentando-se em formulações sensacionalistas e perigosistas da mídia e em um ímpeto de exercer uma “autoridade pela autoridade” (BATISTA, 2002; ZACCONE, 2015). O sistema penal opera, em tantos aspectos, como força irracional travestida de discurso racional/força “infelizmente necessária”. Os resultados de tal dinâmica estão a olhos nus – e reforçados academicamente por dados empíricos: aumento da sensação de insegurança, inefetividade e brutalidade das atividades de policiamento, falha em termos de diminuição da incidência de fatos delitivos, desprestígio da dogmática penal enquanto substrato da ótima decisão judicial (ZAFFARONI, 2012).



A vulgarização da dogmática, na constante aplicação de um finalismo carente de apuro técnico, somado a um encapsulamento do discurso penal ensimesmado são dois dos fatores principais que contribuem para uma gestão precária da questão penal.

Tal vem, por certo, no esteio do clássico discurso de Franz von Liszt quanto à peremptória separação entre dogmática e política criminal. A política criminal seria “a barreira intransponível da política criminal”. Seria base para críticas e programas, mas nunca informaria diretamente a teoria penal. *In verbis*:

A Política Criminal exige, em geral, que a pena, como meio, seja adequada ao fim, isto é, seja determinada quanto ao gênero e à medida segundo a natureza do delinquente, a quem inflige um mal (lesa nos seus bens jurídicos a vida, a liberdade, a honra e o patriotismo), para impedir que no futuro ele cometa novos crimes. Nesta exigência se encontra, de um lado, o seguro critério para a crítica do direito vigente e, do outro lado, o ponto de partida para o desenvolvimento do programa da legislação futura (LISZT, 2003, p. 153).

A estrita separação entre dogma penal e política, se desejada pelos clássicos causalistas, nunca se concretizou. O imiscuir do discurso político na construção da pauta criminalizadora da dogmática sempre esteve presente. Ainda que mascarada. O isolamento da teoria quanto ao mundo da vida – o que ontem – em especial no período nazista na Alemanha (KIRCHHEIMER, 1996; ZAFFARONI, 2019; AMBOS, 2020) e hoje (nas arguições e nos sentenciamentos em massa e sem rigor dogmático algum) se verifica – é sim oriundo de uma política criminal formalizada (um tanto precariamente) em “teoria”, esta apta a sustentar a hipercriminalização e o encarceramento de cidadãos em escala nunca vista no país (BRASIL; Ministério da Justiça, 2019). Mas tudo tende a mudar quando a empiria chega à política criminal – e ao dogma penal. Com efeito:

Apesar de existirem discursos político-criminais legitimantes, que aceitam como verdades meras afirmações apriorísticas (iguais às que qualquer teoria positiva da pena contém), tudo se modifica quando, ao basear-se em dados da realidade, ela [política criminal] é construída como uma valoração geral do modo de encarar a conflitividade criminalizada a partir do poder e, portanto, de exercer o poder punitivo. Dessa perspectiva, sua função não se limita tampouco ao legislador, pois o juiz também toma decisões políticas (porque expressa uma decisão do poder estatal) e, logo, o dogmático não pode ficar à margem de tais valorações. (ZAFFARONI, 2003, p. 247)

A moderna teoria penal passa então a entender que uma dogmática pronta para enfrentar concretamente os desafios da questão penal na sociedade é aquela atualizada ininterruptamente



e alinhada irretorquivelmente com o Estado Democrático de Direito. E isto se dá privilegiadamente no permeio da dogmática jurídico-penal pela política criminal. Nas palavras de Claus Roxin:

A ideia de estruturar categorias basilares do direito penal com base em pontos de vista político-criminais permite transformar não só postulados sociopolíticos, mas também dados empíricos e, especialmente, criminológicos, em elementos fecundos para a dogmática jurídica. Se procedermos deste modo, o sistema jurídico-penal deixará de ser unicamente uma totalidade conceitualmente ordenada de conhecimentos com validade geral, mas abre-se para o desenvolvimento social (ROXIN, 2006. p. 77-78)

A política criminal seria então o elemento privilegiado a democratizar e atualizar a dogmática penal.

Mas o que seria a política criminal? Tantos autores versam sobre suas aplicações, seus ramos e modalidades, suas conexões jurídicas, mas qual seria o seu conteúdo material?

É preciso não se incorrer na tautologia penal, explicando algo relevante ao jurídico com o arcabouço teórico unicamente jurídico. Se versamos sobre política, que saberes externos ao direito penal ajudem a delimitar tal política aplicada ao fenômeno criminal. Tais como a ciência política e a sociologia.

Um eixo para a investigação do que seria a política criminal é “começar do começo”. É dizer, deve-se falar de política *per se*.

Perpassando a sociologia e a ciência política, temos Zygmunt Bauman dizendo algo sobre a referência democrática:

A arte da política, se for *democrática*, é a arte de desmontar os limites à liberdade dos cidadãos; mas é também a arte da autolimitação: a de libertar os indivíduos para capacitá-los a traçar, individual e coletivamente, seus próprios limites individuais e coletivos. (BAUMAN, 2000, p. 12)

Na seara penal, passar-se-ia pela legitimação realmente democrática da lei penal, não só formalmente – com o procedimento legislativo e com as garantias processuais penais para qualquer cidadão na aplicação da lei no caso concreto –, mas materialmente, com a efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, sejam os que compõem a coletividade, seja primordialmente o cidadão processado – a princípio, o mais vulnerabilizado pelo Estado (FERRAJOLI, 2001). Isso se dá por uma teoria penal atual e constitucionalmente

direcionada, por uma política criminal cabalmente democrática que a informe, zelando pela inviolabilidade dos direitos humanos na operatividade do sistema penal.

Como isso poderia tomar corpo no mundo da vida – esta política criminal humanizada, esta dogmática revigorada e afinada com direitos e garantias fundamentais?

O que é a concreção da “vontade de direito penal democrático”?

2 O BEM JURÍDICO E SUAS VICISSITUDES

O discurso jurídico-penal fulcra amplamente a legitimidade da produção legislativa incriminadora na existência de bens jurídicos a serem protegidos - formulação proposta ainda nas primeiras décadas do século XIX, por Johann Birnbaum (2014, p. 389-405). Bens jurídicos cuja violação, num dado grau, ensejaria a mais drástica resposta, qual seja, a sanção penal (SCHÜNEMAN, 2013a).

Daí que, sumariamente, reconheceríamos três aspectos inafastáveis no que toca à proteção de tais bens:

- 1) Subsidiariedade: a intervenção penal só se justificaria se a proteção ao bem jurídico¹, *sempre* já realizada por outros ramos do Direito, for dita insuficiente;
- 2) Fragmentariedade: a cobertura penal se voltaria a alguns bens jurídicos apenas, considerados os mais sensíveis, e não à totalidade dos bens da vida perpassados pelo ordenamento jurídico;
- 3) Ofensividade: a ofensa (ou perigo de ofensa) a bens jurídicos sensíveis, já protegidos por outros espaços do ordenamento, deve ser substancialmente o bastante para justificar a mobilização dos mecanismos penais, a fim de se chegar a uma dada condenação, que de fato é o mais drástico cerceamento de direitos autorizado.

Somado a isso, deve-se levar em conta o contundente diagnóstico acerca da pertinência do instituto “bem jurídico” em questões penais:

A proibição de uma conduta mediante a ameaça penal quando não se possa invocar um bem jurídico seria terror estatal. Não seria outra coisa que uma ingerência na liberdade de ação do indivíduo, com respeito ao qual o Estado que produz a ingerência não pode dizer com que fim realiza esta ingerência (HASSEMER, 2005).

¹ Eugenio Raul Zaffaroni diferencia em profundidade “bem jurídico lesado” (e a proteção de bens jurídicos supostamente realizada pelo direito penal) e “tutela do bem jurídico” (para ele perfeitamente dispensável). Tal discussão – densa e importante, mas não propriamente necessária no bojo do presente trabalho – não é plenamente compatível com a discussão sobre “subsidiariedade” e “fragmentariedade” no princípio da intervenção mínima no Direito Penal, pelo que não se insistirá nela (apesar de o/a autor/a do presente trabalho concordar *in totum* com a formulação zaffaroniana). Tal discussão pode ser encontrada (dentre outros textos) em Zaffaroni (2014).



Pois bem. Sobre tais referenciais iniciam-se as tentativas de construir balizas mais sólidas para se conceituar e se identificar bens jurídicos.

Roxin, destacado autor no tema, assim define bem jurídico: “Circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins e para o funcionamento do próprio sistema” (ROXIN, 1999, p. 56).

Já de pronto nota-se uma nevrálgica característica: o conceito não se fecha a ponto de bem dar os limites razoavelmente precisos para operar como o instrumental do analista para identificar o que é e o que não é um bem jurídico apto à proteção do Direito Penal.

Conceito recolocado é o de Eugenio Raul Zaffaroni, que traz novos elementos para a análise:

Bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, que se expressam com a tipificação dessas condutas (ZAFFARONI, 1981. p. 221)

155

Aqui se mostra algo central na problemática do bem jurídico-penal: muitas vezes se reconhece a existência de bem jurídico única e tão somente pelo interesse do Estado em “proteger” algo com a lei penal. Não haveria nada, a princípio, que, materialmente, em si, para além de uma pura Razão de Estado, poderia mostrar ao observador que algo seria um bem jurídico abarcável pelo Direito Penal e outro seria um bem jurídico não penalmente passível de proteção. Basta o Estado querer, que algo de repente é passível de ser tema de uma lei penal incriminadora.

Na doutrina penal clássica, no Brasil em específico, isso fica ainda mais cabal. Por exemplo:

Bem é tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade da existência humana (existência do homem individualmente considerado e existência do homem em estado de sociedade) e interesse é a avaliação ou representação subjetiva do bem como tal (...). Bem ou interesse jurídico é o que incide sob a proteção do direito *in genere*. Bem ou interesse jurídico penalmente protegido é o que dispõe da reforçada tutela penal (...) (HUNGRIA, 1958, p. 10-11).

Permanece-se identificando o bem jurídico *a posteriori* da incriminação pela lei penal.

É, *mutatis mutandis*, a punição pela mera “infração de um dever” mais ou menos arbitrário imposto pela potestade estatal (BINDER, 2018).

A insegurança jurídica que daí surge nos parece patente.

Como reconhecer que a “proteção” penal é abusiva, ou ineficiente, se a mera vontade o legislador faz surgir “do nada” – ou arbitrariamente – bens jurídico-penais? Como democraticamente contraditar o fator de leis penais que pecam pela desrazão e pela inocuidade protetiva (RIPOLLÉS, 2003)?

Eis um desafio que se mostra especialmente agudo na seara dos chamados delitos de natureza econômica.

3 A PROBLEMÁTICA DOS CRIMES ECONÔMICOS

Algo dessa dinâmica pode ser encontrado no que toca aos chamados crimes econômicos.

Necessidades supostamente reconhecidas em determinados momentos da história serviram para embasar a criação de uma série de textos legais buscando enfrentar as mazelas das impropriedades cometidas na seara econômica com a criação de tipos incriminadores². Leis cujo intuito de reprimir aspectos mais agressivos – mas perfeitamente encaixados na estrutura econômica – das movimentações no marco do capitalismo fizeram, *retroativamente*, que surgissem bens jurídicos como “sistema financeiro nacional”, “ordem econômica”, “ordem tributária”, “economia popular”. Vale repetir: a sustentação da existência de tais bens jurídicos se deu, em última instância, pela Razão de Estado pura e simplesmente, pela “vontade estatal de incriminação”, sem maiores balizamentos precisos que não elucubrações teóricas sobre “bens jurídicos supraindividuais” (GRECO, 2016. p. 433-463), cuja legitimidade se põe tautologicamente: são válidos tais bens jurídicos porque alguém escreve doutrina assim afirmando, sem maior empiria do que alegações sobre a existência de “necessidades coletivas” em uma “sociedade pós-industrial” (SÁNCHEZ, 2013).

² “O estudo mais aprofundado da matéria referente ao Direito Penal Econômico (sic) começa a se desenvolver cientificamente a partir da década de 70, quando o *Welfare State* começava seu declínio. A elaboração de institutos penais que assegurassem o Estado Fiscal através de sua justiça distributiva se impôs.” (PINTO, 2001, p. 44).

Desenvolvimentos desse paradigma são vários, e muitos elucidativos. A Razão de Estado, informada pela crença no Direito Penal como resolutivo dos diversos problemas encontrados nas sociedades ocidentais, buscou a ferro e fogo bancar incriminações, e meios e modos para bem fazê-la.

Mesmo setores ditos “progressistas” da academia e da prática jurídicas uniram forças com setores os mais conservadores para encampar a pauta da criminalização irretorquível dos chamados “atos de delinquência econômica” (KARAM, 1996).

E neste esteio mesmo as concepções basilares do Direito Penal, intocadas como conquistas árduas das lutas pela racionalização do ordenamento penal e pela razoável obstaculização do poder punitivo, começaram a ser questionadas.

Aventou-se mesmo (e propala-se atualmente também, é certo) o reconhecimento não de crimes de natureza econômica, mas sim de um Direito Penal Econômico, com princípios próprios e fundamentos especiais, aptos supostamente a melhor tratar a temática (TIEDEMANN, 2010).³

O interessante – com laivos de trágico – é que os *novos* institutos de um chamado Direito Penal Econômico (ou, mesmo sem a afirmação de novo e autônomo ramo do Direito Penal, levando-se em conta as flexibilizações de garantias penais e processuais penais no “enfrentamento” à criminalidade econômica) são, *em sua grande maioria*, punitivas. A desconsideração quanto à individualização de condutas em crimes societários, a responsabilização penal da pessoa jurídica, a assunção de corpos probatórios mais frágeis para a sustentação de uma condenação nesta seara, a legitimação de crimes de perigo abstrato, etc seguem, por óbvio, uma linha geral, nada nova: tudo se faz para garantir, à toda prova, a incriminação, a condenação. Na chamada “sociedade de risco” direitos penais de maior velocidade, à revelia de garantias centenárias, dão o tom, para fins de prevenção de danos e “catástrofes” (BECK, 2011; SÁNCHEZ, 2013).

Inobstante, a “adoração do cordeiro místico” punitivo mostra seus limites: as incriminações de ações de fundo econômico mostram-se barradas. Seja pelo corte de raça e classe que impera no sistema penal (MARTINS JÚNIOR, 2019), blindando de fato e “pré-persecução pe-

³ Hoje já se debate sobre um Processo Penal Econômico, que também teria suas próprias regras e seus próprios princípios. Ver Arocena (2021).



nal” ” (SÉVERIN, 1979, p. 5-20) aqueles que compõem a chamada “cifra dourada de criminalidade” (SUTHERLAND, 1940; 2015), seja por insuficiências estruturais para o exercício da ação penal (p.ex., com *res delictiva* – débitos fiscais – igual ou abaixo de R\$20.000,00 não ensejando denúncia, nos crimes tributários⁴), seja pela flutuação da política criminal em âmbito econômico (por exemplo, com a exclusão da “autorização legal”, e a demanda de mera declaração, para a remessa de quantia para o exterior, descaracterizando o crime de evasão de divisas e criando antinomias no bojo do tipo penal⁵) mostram a ineficácia de tais encaminhamentos.

4 VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA “TORÇÃO” DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Outrossim, mesmo no desvelar da inexistência *de facto* da hiperincriminação de atos de fundo econômico seja na simbólica proteção de bens jurídicos etéreos, seja na limitação estrutural do poder punitivo do Estado no que toca aos estratos sociais superiores, ainda se sustenta, por inércia e “profissão-de-fé” sem lastro empírico algum, a pertinência da fragilização de direitos e garantias fundamentais *gerais* para se consubstanciar mais e mais condenações de “criminosos econômicos”.

Contrariamente ao que os cultores do Direito Penal Econômico – e da teoria e prática do sistema de justiça criminal aplicado os chamados “crimes de colarinho branco” – dizem, as flexibilizações e inovações surgidas no âmbito deste sub-ramo penal atingem o cerne protetivo penal previsto na Constituição da República, nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e mesmo na legislação infraconstitucional afeita aos direitos e garantias fundamentais. As consequências do uso extensivo da delação premiada, dos mandados de busca e apreensão expedidos imediatamente após o oferecimento de denúncias, as decretações de prisões temporárias apenas para a realização de interrogatórios pela polícia, o impedimento *de*

⁴ O STF, desde 2014, já consolidou jurisprudência reconhecendo este valor em termos de bagatela penal (R\$ 20.000,00), aplicando-se o art. 20 da Lei 10.522/02 em combinação com as Portarias do Ministério da Fazenda nº 75 e 130, ambas de 2010 (cf., p. ex., HC 120.617/PR, Rel. Min. Rosa Weber). Em 2018 o STJ, que divergia neste ponto, unificou em decisão da Terceira Seção sua jurisprudência revisando o Tema nº 157 relativa a Recursos Repetitivos e passou a reconhecer o mesmo valor para fins de insignificância (cf. REsp 1.112.748/TO – representativo de controvérsia, Rel. Min. Felix Fischer).

⁵ Com a circular BACEN 3.071/01 (e a Resolução CMN 3.568/08, modificada pela Resolução CMN 4.844/2020) se tornando o complemento da norma penal em branco do art. 22, parágrafo único, 1ª parte da lei 7.492/86, que define o crime de evasão de divisas.

facto do acesso aos autos de investigação pela defesa, a condenação por “provas indiciárias” (uma contradição em termos, diga-se, apesar do que dizem seus defensores), dentre outros pontos, bem mostram os impactos extensivos e generalizados que este novo “paradigma” geram.

Com efeito, para isso a própria Constituição da República é usada contra ela mesma. Sem ponderação idônea de princípios alguma (CAMPOS, 2016), o legislador – e os teóricos do direito penal – se prestam a afastar normas constitucionais protetivas dos indivíduos em nome da proteção (pelo Direito Penal) dos chamados “interesses e direitos sociais, difusos e coletivos”. Nesse tema, Salo de Carvalho:

No âmbito da *criminalização primária*, a densificação da punibilidade ocorre com a criação de novos tipos penais incriminadores com o objetivo de proteção dos novos valores e novos interesses alçados à categoria de bens jurídico-penais. (...) A legitimação do direito penal como instrumento idôneo para proteção e efetivação dos direitos sociais e transindividuais deriva da concepção romântica que lhe atribui, como missão, a tutela de bens jurídicos. Nota-se, pois, sob a justificação dos direitos humanos, a ampliação do rol de condutas puníveis e conseqüentemente do horizonte de projeção da punitividade. Verifica-se, na transformação do modelo jurídico-penal liberal, o primeiro influxo de reversibilidade ideológica (CARVALHO, 2008. p. 101).

159

Os adeptos do punitivismo, portanto, buscam na própria Constituição os fundamentos para sustentar incriminações, utilizando, ao fim e ao cabo, o discurso dos direitos humanos (proteção de direitos sociais e transindividuais) contra os direitos humanos (proteção de direitos fundamentais, notadamente os individuais). Eis aí a “reversibilidade ideológica”⁶.

5 CONCLUSÃO: POR UMA CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA DO CONCEITO E DOS LIMITES DE BEM JURÍDICO APTO À PROTEÇÃO PENAL

Conforme indicamos no início do artigo, a exploração acerca do tema, na profundidade necessária e a contrapelo, saindo das obviedades estereis da doxa sempre vulgar dos aviltadores

⁶ Para além da proteção penal de bens jurídicos sociais e transindividuais (com a conseqüente “espiritualização/liquefação de bens jurídico-penais”, tornados agora pouco aferíveis e concretos), outras facetas do uso da Constituição da República contra ela mesma seriam o suposto “Princípio (implícito) da Proibição da Proteção Deficiente de Bens Jurídico-Penais” – princípio este “importado” das discussões sobre direitos sociais – e os supostos “Mandados (implícitos) de Criminalização”. Para o citado suposto princípio vide Gomes (2009); para os mandados de criminalização implícitos, vide Masson (2020) e Estefam e Gonçalves (2020). Ao ensejo, note-se que boa parte da literatura que discorre sobre “Mandados de Criminalização”, “Princípio da Proibição da Proteção Deficiente de Bens Jurídico-Penais” é voltada para preparação para concursos públicos ou para análises de perfil mais manualístico, sem maiores verticalizações em temas mais atritantes e polêmicos em matéria penal.

do Direito Penal democrático, ainda é um tanto incipiente – apesar da saudável profusão contemporânea de trabalhos na área⁷.

Contudo, o excelente “cavalo de batalha” do bem jurídico-penal (SCHÜNEMANN, 2013b, p. 69-90), sua ótima definição e por consequência sua otimização enquanto garantia do cidadão e limite ao poder punitivo *está para ser construído*, e demanda esforço hoje, agora.

Se o sistema penal brasileiro padece de caos e notória falência, é mister para o analista, o operador, o teórico do sistema penal “sair da caixa”, se embrenhar em novos temas e novos desafios, jurídicos e extrajurídicos, para bem propor, sob novos termos, uma arquitetura dogmática, zetética e institucional que realmente sirva à proteção dos direitos e garantias fundamentais da população brasileira e à concreta consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Esperamos apenas que a força do Direito Penal Econômico – é dizer, seu espraiamento pela academia e pelas instituições do sistema de justiça criminal brasileiro, e a consequente pressão econômico-financeira que o crescente *mercado acadêmico e extra-acadêmico de juspenalistas econômicos* pode impor contra uma maior limitação e precisão dos bens jurídico-penais econômicos⁸ – não seja um obstáculo real e resiliente a tal mister.

A ver.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *Derecho penal nacionalsocialista – continuidad y radicalización*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2020.

AROCENA, Gustavo A; BALCARCE, Fabián I. Derecho penal economico procesal. *Sítio eletrônico do centro de investigación interdisciplinaria em derecho penal economico*. Disponível em: <http://www.ciidpe.com.ar/area5/derecho%20penal%20economico%20procesal.GA%20y%20FB.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Discursos Sediciosos*. v. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

⁷ Vide, por exemplo, as obras da coleção “Direito Penal & Criminologia” da editora Marcial Pons Brasil.

⁸ Em outras palavras: quanto mais direito penal econômico, mais profissionais a ele dedicados (tanto dentro da academia quanto no foro criminal); quanto mais profissionais, mais interesse mercadológico para a expansão do direito penal econômico, das leis penais incriminadoras no ramo, da criação de novos bens jurídico-penais a serem protegidos. Portanto, mais razões *in potentia* para não se delimitar bem os bens jurídico-penais econômicos – pelo contrário, a tendência seria a não existência de limites, para melhor haver a sua expansão qualitativa e quantitativamente.

- BAUMAN, Zigmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BINDER, Alberto. A rede inquisitorial: histórias e tradições na configuração da justiça penal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Concerning the need for a right violation in the concept of a crime, having particular regard to the concept of an affront to honour. In: DUBBER, Markus Dirk. (org.) *Foundational texts in modern criminal law*. Oxford: Orford University Press, 2014. p. 389-405.
- BRASIL. Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN*. Dez. 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWY5NjFmZjctOTJmNi00MmY3LTlhMTEtNWYwOTlmO-DFjYWQ5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQONGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 05 ago. 2021.
- CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La lei del más débil*. 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. Princípio da proibição da proteção deficiente. *Sítio eletrônico LFG*, 16 dez. 2009. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009120712405123. Acesso em: 05 ago. 2021.
- GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luis Wanderley. *Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: MACHADO, Marta R. de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portela (org.). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 433-463.

- HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos em el derecho penal. In: *Estudios sobre justicia penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005.
- HASSEMER, Winfried et al. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 1999.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1. t. 2.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: MENDES, Alexandre et. al. *Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.
- KIRCHHEIMER, Otto. Criminal law in national socialist Germany. In: SCHEUERMAN, William E. (org.). *The rule of law under siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1996.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Campinas: Russell Editores, 2003.
- MARTINS JÚNIOR, Fernando Nogueira. Seletividade policial, processo de criminalização, encarceramento: considerações sobre a catástrofe penal brasileira. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 151, jan. 2019. p. 257-293.
- MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal: parte geral*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020.
- PINTO, Emerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- RIPOLLÉS, José Luís Díez. *La racionalidad de las leyes penales – práctica y teoría*. Madri: Editorial Trotta, 2003.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madri: Civitas, 1999. t. 1.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SCHEUERMAN, William E. (org.). *The rule of law under siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1996.
- SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013a.



SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de Direito liberal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013b.

SÉVERIN, Carlos Versele. A cifra dourada da delinquência. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 27, jan./jun. 1979. p. 5-20.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crimes de colarinho branco: versão sem cortes*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SUTHERLAND, Edwin H. White Collar Criminality. *American Sociological Review*, v. 5, nr. 1. fev. 1940. Disponível em: <[http://www.asanet.org/images/asa/docs/pdf/1939%20Presidential%20Address%20\(Edwin%20Sutherland\).pdf](http://www.asanet.org/images/asa/docs/pdf/1939%20Presidential%20Address%20(Edwin%20Sutherland).pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2021.

TIEDEMANN, Klaus, *Manual de derecho penal económico – parte general y especial*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2010.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida – A forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Anotações sobre o bem jurídico: fusões e (con)fusões. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François Y.; GOMES, Marcus Alan de Melo (coord.). *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 11-28.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista – a dogmática penal alemã entre 1933 e 1945*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981. t. 3.

Submissão: 13/09/2021

Aceito para Publicação: 16/12/2021

DOI: 10.22456/2317-8558.118356