

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

GILBERTO GIACOIA

ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA

RICARDO ALVES BENTO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Gilberto Giacoia, Ricardo Alves Bento, Romulo Rhemo Palitot Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-322-1

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

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. 3. Direito Penal. 4. Processo Penal. 5. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Integrando o XXV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Curitiba, Paraná, de 7 a 10 de dezembro de 2016, na linha de extensão e circularidade do conhecimento, em seu desenvolvimento acadêmico-científico, como resultado das atividades de apresentação de artigos ligados pela vocação proposta pelo objetivo temático do Encontro, qual seja o de enfrentamento aos enormes desafios decorrentes dos avanços sociais globais ou locais, de modo a se reclamar cada vez mais a implementação concreta do conceito de sustentabilidade: “Cidadania e Desenvolvimento: o papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, cumpre seu mister o Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”, trazendo a reflexão crítica do sistema penal em seu propósito meramente simbólico, de modo a buscar sua inserção no contexto da crise de efetividade do Direito e da Justiça que os dias atuais nos acomete.

Parte-se da renovada importância de manutenção deste espaço de incremento da pesquisa e da investigação acadêmica gestada nos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, tão bem coordenada por seu Conselho Nacional, propiciando, crescentemente, o intercâmbio criativo de ideias e reflexões científicas, de modo a prosseguir contribuindo, decisivamente, ao aprendizado e difusão do conhecimento, por meio de uma produção cada vez mais qualificada.

Nesta perspectiva, os pesquisadores selecionados neste Grupo de Trabalho (“Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”) visitam e revisitam temáticas variadas e inter-relacionadas que vão, a partir do viés crítico da constituição colonialista do sistema de justiça penal brasileiro em sua origem patrimonialista, desde a defesa da antecipação da tutela penal econômica por meio dos crimes de risco na sociedade pós-moderna, ora focando a delimitação do bem jurídico ambiental e a responsabilidade de empresas por danos ecológicos incluindo a consideração do ecoterrorismo, ou a honra nesta mesma tutela sempre permeada e inspirada pelo princípio da dignidade humana; assim transitando em direção a enfoques garantistas na produção, aplicação e execução da lei penal, seja no horizonte criminológico de tipificação de condutas como a do crime organizado ou da lavagem de dinheiro relacionada à exploração ilícita de jogos, ora do caráter simbólico do crime de sonegação de contribuição previdenciária; seja no processo cautelar com uma análise crítica ao instituto da inafiançabilidade; ou na fase execucional no que diz respeito ao caráter punitivo da medida de segurança ou ainda de um estudo da desinternação progressiva como

instrumento de reinserção social; bem como alcançando outras questões processuais relevantes de grande atualidade e importância, como a que compreende a colaboração premiada, o sistema penal aberto pelo olhar do Direito Penal dentro da força normativa da Constituição, como ainda a defesa das audiências de custódia em função dos seus resultados práticos; e, conceitualmente, desenvolvendo abordagens sobre o direito fundamental à segurança jurídica na linha do princípio da proteção deficiente, a recepção teórica do estado de coisas inconstitucional, o processo de impeachment nos aspectos supostamente autoritários da legislação processual penal, enfim, múltiplos focos, mas com o enredo comum de se tentar sustentar uma atuação menos romântica e mais eficiente, ideológica e efetiva da tutela estatal penal.

Conquanto em meio a um momento de crise institucional vivenciada na realidade social brasileira, prossegue o CONPEDI, ocupando seu lugar de destaque engajado na coordenação da política de pós-graduação na área do Direito, neste imenso Brasil de tantas contradições e contrastes, alimentando a esperança e o esforço de continuar inspirando a progressiva construção de uma sociedade melhor e mais justa.

É o que quer ensejar, como mais um contributo nesta direção, esta publicação.

Prof. Dr. Gilberto Giacoia - UENP

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga - UFPB

Prof. Dr. Ricardo Alves Bento

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL ECONÔMICA POR MEIO DOS CRIMES DE RISCO NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL ECONÓMICA A TRAVÉS DE CRÍMENES DE RIESGO EN LA SOCIEDAD POST-MODERNA

Renato Kramer da Fonseca Calixto

Resumo

No presente artigo, investiga-se a possibilidade da antecipação da tutela penal econômica na sociedade pós-moderna. Para tanto, adota-se o método hipotético-dedutivo de abordagem, valendo-se da revisão bibliográfica como recurso metodológico, a fim de analisar a compatibilidade do princípio da ofensividade com os crimes de risco, assim como a necessidade de criminalização da prática de cartel como instrumento de proteção à ordem econômica.

Palavras-chave: Crime de risco, Antecipação da tutela penal econômica, Sociedade pós-moderna

Abstract/Resumen/Résumé

En este trabajo se investiga la posibilidad de anticipación de la tutela penal económica en la sociedad post-moderna. Con este fin, adoptase el método hipotético-deductivo de abordaje, basándose en la revisión de la literatura como recurso metodológico con el fin de examinar la compatibilidad del principio de ofensividad con los crímenes de riesgo, así como la necesidad de penalización de la conducta de cartel como instrumento de protección del orden económico.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Crimen de riesgo, Anticipación de la tutela penal económica, Sociedad post-moderna

INTRODUÇÃO

Com a incidência da sociedade pós-moderna verificou-se a necessidade da criação de determinados crimes. É dizer: com o desenvolvimento tecnológico e com a sofisticação de determinadas empresas achou por bem o legislador pátrio criminalizar condutas outrora nunca pensadas. Dentre essas condutas encontra-se a reunião de empresas constituindo-se o cartel.

O presente artigo se debruçará primeiramente a respeito dos crimes de risco – rejeitando, como será visto, a nomenclatura crimes de perigo abstrato –, trazendo à baila a sua conceituação e fundamentação nos dias atuais. Em seguida será estudada a preponderância do desvalor da ação nos crimes de risco, apresentando argumentos de caráter político-criminal.

Em seguida será estudado o mandado constitucional de criminalização, ferramenta utilizada pelo legislador infraconstitucional para criminalizar condutas exigidas pelo constituinte. Evidencia-se assim que não só deve haver um limite negativo em face do legislador ordinário, mas, também, positivo. Quer-se dizer: o mandado constitucional de criminalização, não só serve para filtrar as condutas que não deverão ser criminalizadas pelo legislador infraconstitucional, como também para evidenciar aquelas que deverão ser criminalizadas por ele – incidindo o chamado limite positivo.

A antecipação da tutela penal nos crimes de formação de cartel será também tratada, demonstrando a sua necessidade por estar-se diante de uma sociedade de risco, na qual o crescimento industrial apresenta-se de forma sistemática e perpassando quatro momentos históricos importantes, quais sejam: (I) sociedade de informação; (II) sociedade pós-industrial, (III) o pós-fordismo e, por último; (IV) a pós-modernidade.

Será estudada a celeuma a respeito da compatibilidade ou não dos crimes de risco com o princípio da ofensividade. Por fim, será abordada a antecipação da tutela penal econômica no crime de formação de cartel, verificando a sua possibilidade ou não.

1 CRIMES DE RISCO

Os delitos de perigo são fruto do espírito do nosso tempo (Zeitgeist). É sabido que os delitos de risco ou de perigo aparecem no direito positivo como fórmulas técnicas que pretendem antecipar a proteção e intervenção do Direito Penal ao estado de criação de uma possibilidade de dano aos bens jurídicos de especial importância (energia nuclear, meio-ambiente, alimentos, substâncias farmacêuticas) (OLIVARES, 2003, p. 241-242). Perigo, pois, é a existência de circunstâncias que exigem ou teria exigido apenas a adição de outras condições parciais frequentes para produzir lesão. Nesta situação, deduz-se a probabilidade do resultado prejudicial. A vida conta e deve contar, a cada momento, com essas possibilidades e probabilidades (MEZGER, 1957, p. 127).

O Direito Penal extrai da realidade as situações de perigo e as traz, por serem importantes, para o mundo jurídico. Assim, pode-se dizer que o Direito, por basear-se na realidade, não inventa situações de perigo, mas, sim, as seleciona mediante determinados critérios baseados na experiência daquele momento histórico. Determinados riscos para o Direito Penal são relevantes, outros não. Portanto, abstraindo as considerações metajurídicas, será perigoso o que a lei assim considerar, afirmando o seu caráter normativo (ILHA DA SILVA, 2003, p. 52).

Nesses crimes não há a transformação do mundo real, restringindo-se o legislador à ação do agente para puni-lo. Os crimes de perigo abstrato são totalmente diferentes dos crimes de dano e dos de perigo concreto, nos quais o bem jurídico é colocado, no mínimo, em perigo real de lesão (BOTTINI, 2010, p. 113).

Assim, no crime de lesão corporal dolosa (CP art. 129: Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem) o resultado de dano é integrante do tipo; portanto, só há a consumação desse crime se efetivamente o agente lesionar a vítima. O mesmo ocorre nos crimes de perigo concreto, como no caso do delito previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que preconiza: Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano.

Já nos crimes de perigo abstrato dispensa-se a colocação do bem jurídico em perigo efetivo, se contentando apenas com a prática da conduta para a consumação do delito. Ou seja, sob o aspecto formal, a mera realização da conduta indicada na norma exaure os aspectos objetivos do tipo. Vê-se que nesse crime não há a necessidade de, ao menos, o agente colocar em perigo efetivo qualquer bem jurídico. Aqui o núcleo do injusto penal é a conduta

perpetrada, de modo que, o desvalor reside na ação e não no resultado, dispensado para a configuração formal do delito (BOTTINI, 2010, p. 114). Como exemplo de crime de perigo abstrato pode ser citado o delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que aduz: Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

Em que pese o termo “crimes de perigo abstrato” ser utilizado majoritariamente pelos doutrinadores tradicionais, com esse entendimento, todavia, não se pode concordar. Isso porque, o termo “crime de perigo” – seja o abstrato ou o concreto – remete a uma ideia de possibilidade real de dano, enquanto que o crime de risco – adotado – remete a uma ideia de possibilidade de perigo. Quer-se dizer: o perigo é algo próximo e, portanto, perceptível pelos sentidos em uma dada situação concreta. O risco, entretanto, não, porquanto a quase todo momento estamos propícios a riscos, sejam eles permitidos ou proibidos pelo Direito. Assim, por exemplo, caso uma pessoa dirija seu automóvel em uma via, respeitando todas as normas de trânsito, ela criará um risco permitido pelo Direito, acreditando – vale ressaltar – que o transeunte atuará de forma diligente, incidindo, aqui, o Princípio da Confiança. Fazendo uma analogia com o Crime de Formação de Cartel, vê-se que a partir do momento em que há uma associação de empresários para a prática do Cartel, não se está criando aqui um perigo, mas, sim, um risco – risco esse não permitido pelo Direito. Portanto, vê-se que o termo “crimes de perigo abstrato” deveria dar lugar aos chamados “crimes de risco”, muito mais acertado do ponto de vista teórico. Como será visto ainda neste tópico, pequena parte da doutrina entende que a nomenclatura mais correta seria “crimes de risco”.

Assim, seria mais técnico distinguir as situações de perigo concreto e abstrato atribuindo apenas à primeira a expressão perigo, reservando para essa última o termo risco. Isso porque, se entender perigo como uma situação de fato e objetiva, e risco como um atributo da conduta humana que pode ou não causar um perigo, será dedutível a atribuição dos substantivos às realidades a eles correspondentes. Diante dessa conceituação, portanto, verifica-se que seria correto delimitar o termo perigo apenas para indicar situações em que estivesse presente uma efetiva ameaça a um bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Nesse contexto, apenas os crimes de perigo concreto mereceriam a denominação crimes de perigo. Por outro lado, os crimes de perigo abstrato, que tratam de ações arriscadas, com potencialidade de lesão ou de colocação a perigo de bens jurídicos, que, não exigem a presença fática deste, poderiam ser mais bem definidos doutrinariamente como crimes de risco ou crimes de potencialidade (BOTTINI, 2010, p. 116).

Algumas teorias, inclusive, foram formuladas com o objetivo de explicar o que seria perigo. A primeira delas é a teoria subjetiva, para a qual o perigo não existe objetivamente, ou seja, o perigo seria uma hipótese, uma representação mental resultante do temor da pessoa humana, que, sendo um fruto da imaginação, não existe de forma concreta. Por outro lado, a teoria denominada objetiva assevera que, na verdade, o perigo não é fruto da imaginação, mas, sim, de um ente real e objetivo. Por fim, uma posição intermediária aduz que perigo seria a um só tempo subjetivo e objetivo, isso porque, o perigo enquanto ente existente no plano da realidade existe em função da percepção dos sentidos (ILHA DA SILVA, 2003, p. 53-54). Acredita-se que a melhor posição é esta última.

Os crimes de perigo abstrato são rechaçados por alguns doutrinadores adeptos à Escola de Frankfurt, pois os bens jurídicos tutelados, nesse cenário, são utilizados de forma ilimitada. Em que pese, porém, os riscos vitais do indivíduo sejam hoje em dia muito menores que no começo da Idade Moderna, na qual era um constante risco, não se pode negar a dimensão específica dos grandes riscos industriais que aparecem claramente também no século XIX (SCHÜNEMANN, 2006, p. 108).

Dessa forma, os crimes de perigo abstrato nunca antes na história fora uma espécie de perigo abstrato tão real e concreto. O crime de perigo abstrato jamais fora tão concreto como o é na sociedade pós-moderna. Isso se deu em virtude da chamada terceira geração dos bens jurídicos (coletivos ou difusos), bem como de outros aspectos concretos e materiais que caracterizam essa sociedade. Merece ser criminalizada uma conduta que exponha a perigo um determinado bem jurídico, fundamentada, por óbvio, nos princípios da proporcionalidade, da necessidade, da razoabilidade, da lesividade ou da ofensividade. Assim, à luz desses princípios constitucionais encontra-se a legitimidade para uma positivação punitiva dessa conduta, recepcionada pelo Estado de Direito. Portanto, afirmar que seria mais razoável exigir uma comprovação de perigo direcionado a um determinado bem jurídico é simplesmente não conseguir enxergar os acontecimentos políticos, econômicos e sociais pelos quais passam a sociedade atual (SILVA, 2010, p. 133).

Em uma sociedade industrial, cria-se um Direito Penal do Risco, fazendo com que a atuação antecipada dele seja necessária. Isso se verifica com a densa rede de industrialização existente, dificultando, sobremaneira, explicar a produção de danos na saúde dos habitantes de uma determinada área através apenas de uma relação de causalidade (SCHÜNEMANN, 2006, p. 109).

Portanto, mostra-se a real necessidade em uma sociedade pós-moderna da edição de tipos de risco, com o fim de proteger bens jurídicos difusos que antes não eram tutelados no

ordenamento jurídico pátrio, caso contrário colocaria em xeque o princípio da proibição da proteção deficiente.

1.1 A preponderância do desvalor da ação nos crimes de risco

Discute-se em última instância, se o ilícito penalmente significativo reside na causação de determinados prejuízos a bens do particular ou da comunidade, nessa medida, no resultado, ou senão, apenas na mera desobediência ou nas proibições de mandados do Direito e, nessa medida, independentemente do resultado, recaindo apenas sobre a vontade do agente (STRATENWERTH, 2006, p. 24).

A visão monista preconiza, nesse contexto, que o Direito Penal não deve se pautar conforme resultados, mas, sim, segundo condutas (SILVEIRA, 2006, p. 78), não significando que deva ser desprestigiado o desvalor do resultado, pretendendo apenas colocar em proeminência a causa (conduta) justamente para evitar que certos efeitos (danosos) ocorram, pois, caso contrário, a ocorrência desse dano traria prejuízos irreversíveis (ILHA DA SILVA, 2003, p. 143). Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 144) continua, *in verbis*:

O resultado em certos crimes não reclama ser demonstrado, quando o bem jurídico for difuso e de notada importância. É pela natureza do bem, que não possibilita o auferimento do dano senão quando atinge proporções desastrosas, que se recorrerá à incriminação de perigo abstrato. O conhecido “buraco na camada de ozônio”, por exemplo, não foi produzido de forma imediata. A partir de reiteradas agressões ao meio ambiente é que se chegou a tanto e aí se está diante de um dano irreparável.

Oscar Adolf Germann já expressava que não é a produção do resultado delituoso ou a possibilidade de sua produção, senão apenas o querer produzir que constitui o delito. Nesse sentido preconizava Welzel que a ação do autor guiada por um determinado conteúdo de vontade é o que fundamenta o ilícito penal, mas, não, a produção do resultado ou lesão ao bem jurídico (STRATENWERTH, 2006, p. 24).

O injusto não se esgota na produção do resultado (lesão do bem jurídico), desligada em seu conteúdo da pessoa do autor, senão que a ação é antijurídica só como obra de um autor determinado, ou seja, o fim que o autor escolheu ao fato, a atitude apresentada, os deveres que o obrigaram a este respeito, tudo isso, portanto, determina de um modo decisivo o injusto do fato junto a eventual lesão ao bem jurídico. Assim, a lesão ao bem jurídico no Direito Penal só tem relevância dentro de uma ação pessoalmente antijurídica (dentro do desvalor da ação). O

desvalor pessoal da ação é o desvalor do resultado, de modo que este é um elemento carente de independência em vários delitos (WELZEL, 1997, p. 74-75), como, por exemplo, no crime de Formação de Cartel cujo resultado é apenas potencial.

Portanto, por vivenciar uma sociedade de risco e pós-moderna é necessária a implementação dos crimes de risco, preponderando o desvalor da ação, sem descurar da exigência do desvalor potencial do resultado no caso concreto.

2 MANDADO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil por intermédio do constituinte originário de 1988 determinou que o legislador infraconstitucional criminalizasse determinadas condutas. É o que a doutrina chama de mandado constitucional de criminalização. Caso o legislador infraconstitucional seja silente, fala-se, então, em inconstitucionalidade por omissão.

Nesse contexto, vê-se que a Constituição não é apenas um instrumento de limitação do Direito Penal – limite negativo –, mas, funcionando também para incrementá-lo, ou seja, além de obstar a criminalização de determinadas condutas e de circunscrever as potenciais criminalizações aos bens jurídicos reconhecidos pelo constituinte originário como caros à sociedade, entende-se que a Constituição também indicaria, determinaria e até obrigaria a criminalização de condutas lesivas aos bens por ela identificados (PASCHOAL, 2003, p. 69).

Em relação especificamente ao Crime de Formação de Cartel, o constituinte originário não foi omissivo, e, por intermédio do seu artigo 173, § 4º, preconiza 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. Esse dispositivo constitucional supracitado é, portanto, uma norma de eficácia limitada e de aplicabilidade mediata, ou seja, dependente de regulamentação de uma lei infraconstitucional para produzir a sua eficácia máxima.

Após dois anos da promulgação da Constituição, fora editada a Lei 8.137/90, que passou a prever, em seu art. 4º, inciso I, o crime contra a ordem econômica, consubstanciado no abuso do poder econômico, por intermédio da criação de uma modalidade associativa empresarial ilícita designada cartel, cumprindo, assim, a determinação constitucional. Vê-se, portanto, a importância da tutela de interesses coletivos, na medida em que o constituinte originário os positivou na Carta Magna.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE RISCO FACE O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

O princípio da ofensividade é um princípio que busca resguardar as pessoas de punições inofensivas. Porém, não se pode cair no erro no sentido de cogitar-se que ofensividade só seria algo que traz um dano concreto, porquanto ela pode ser encarada também como algo que se dispõe à investida, ao ataque – algo que se propõe a ofender –, de modo que os crimes de risco (perigo abstrato para alguns) cumpririam essa condição, principalmente no Crime de Formação de Cartel. Exemplificando: se um grupo de empresários se junta para a fixação de preços, tem-se aqui uma ofensividade, visto que é uma situação na qual, vários agentes se colocam em ataque (embora não haja um resultado) contra determinado bem jurídico, que é a ordem econômica.

O princípio da lesividade ou da ofensividade não permite a cominação, a aplicação e a execução de penas e de medidas de segurança – sanções penais – em hipóteses de lesões irrelevantes, consumadas ou tentadas, contra bens jurídicos tutelados em tipos penais de crime. Ou seja, o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão: do ponto de vista qualitativo, tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado; do ponto de vista quantitativo, tem por objeto a extensão da lesão do bem jurídico (SANTOS, 2008, p. 26). Assim, sob o ponto de vista qualitativo ninguém poderia ser punido pelo que pensa, por exemplo. E sob o ponto de vista quantitativo, não poderia alguém ser punido se a lesão ao bem jurídico não se estendeu de forma efetiva, podendo-se falar, nesse caso, também, em insignificância.

Boa parte da doutrina aduz que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais por violarem o princípio da lesividade ou da ofensividade. E indubitavelmente a vertente da lesividade violada para essa parte da doutrina seria aquela do ponto de vista quantitativo.

Para essa parte da doutrina, o Direito Penal deve funcionar como *ultima ratio*, ou seja, só pode atuar como instrumento de prevenção e repressão penais quando os outros ramos do Direito não forem capazes de solucionar o caso.

De fato, o Direito Penal deve atuar como última instância para os intérpretes do Direito. No entanto, em determinadas situações fáticas, será inviável a sua não utilização, mesmo em se tratando de punir atos meramente preparatórios.

O Direito Penal Econômico acaba tendo sua legitimidade pela própria Sociedade de Risco. Assim, a própria importância da Economia é assumida e, nesse contexto, é inegável.

Parece que a punição de condutas em âmbito prévio é aceitável, a fim de se assegurar a tutela de determinados bens jurídicos (SILVEIRA, 2006, p. 159).

O princípio da lesividade tem como base a necessária vinculação de uma incriminação com a lesão ao bem jurídico, de modo que, em casos de crimes de perigo abstrato isso nem sempre é muito claro, o que leva, sempre, à pergunta quanto à sua ideia vinculante. No entanto, em razão da determinação constitucional de proteção de certos bens jurídicos, bem como em razão das características destes, poder-se-ia ter como acertada a utilização de uma incriminação de perigo (SILVEIRA, 2006, p. 161).

Nesse diapasão, com a evolução da sociedade constatou-se a necessidade da criação de tipos penais de risco, pois, caso contrário, determinados bens jurídicos, quase sempre, seriam violados.

Nesse sentido, destaca Pierpaolo Bottini (2010, p. 172), *in verbis*:

A nosso ver, o respeito ao princípio da lesividade não implica a rejeição, de plano, dos delitos de perigo abstrato (infra IV, 4.1.3). A lesividade não é verificada apenas nos comportamentos que danificam bens jurídicos, mas abarca também a ameaça real ou potencial dos objetos de tutela, que revela condutas penalmente relevantes. O abalo social que legitima a repressão é revelado inicialmente pela da conduta, e não pelo resultado material ex post. A consolidação de um direito penal que proteja, de maneira racional e funcional, os bens jurídicos diante dos novos riscos exige, em alguns momentos, a antecipação da tutela. O que se faz necessário é a configuração de limites precisos para a atuação repressiva estatal, por meio da construção de uma política criminal racional e teleológica que impeça, em nome do alargamento da proteção de interesses fundamentais, o exercício irracional dos *ius puniendi*, e isso somente será possível com uma metodologia funcional que pautar o sistema penal pelas premissas básicas do modelo de Estado vigente.

Hassemer, adepto da Escola de Frankurt descarta a possibilidade de o Direito Penal intervir, devendo os outros ramos do Direito trabalhar preventivamente nesse intento. No entanto, se é com dificuldade que o Direito Penal busca tutelar o meio ambiente, que se dirá de outros ramos menos contundentes. Subtrair do Direito Penal um caráter de prevenção significa afastar-se da realidade e desatender às necessidades dos tempos atuais. Nesse sentido, Bernd Schünemann observa, com bastante propriedade, o equívoco das conclusões de Hassemer, propondo um Direito Penal mais eficiente e igualitário sem privilegiar interesses de uma política industrial e empresarial míope, devendo, assim, o Direito Penal, funcionar como uma espécie de legítima defesa da sociedade com vistas à sobrevivência da humanidade e com caráter antecipatório, caso contrário poderá haver resultados irreversíveis (ILHA DA SILVA, 2003, p. 98).

Nessa trilha, dando o mesmo tratamento aos crimes econômicos, preconiza Ângelo Roberto (2003, p. 101):

Assim, da mesma forma como ocorre nos crimes ambientais, os crimes econômicos apresentam bens sujeitos a ataques e que merecem ser preservados, e os crimes de perigo abstrato, por vezes, apresentam-se como o único recurso possível para empreender-se uma séria e real tutela. Diga-se o mesmo da fê pública, quando o legislador incrimina o tipo de moeda falsa, da saúde pública, tutelada por meio da tipificação do narcotráfico, e assim por diante.

Os crimes de perigo abstrato, nessa trilha, não afrontam o princípio da ofensividade sempre que servirem para tutelar bem jurídico que indique essa peculiaridade, devendo, assim, observar o Direito Penal de forma mais moderna, desprendido do individualismo extremo e voltado para novos bens, que, por suas características, só possam ser protegidos de forma eficiente mediante a tutela antecipada, que se traduz na adoção de tipos de perigo abstrato. Porém, não se pode olvidar que embora seja necessária nos dias atuais a tipificação dessa espécie de crime, também não é menos errado asseverar que o legislador deve respeito ao princípio da legalidade, devendo, pois, descrever as condutas de forma taxativa (ILHA DA SILVA, 2003, p. 101). Buscando compatibilizar o princípio da ofensividade com os crimes de perigo abstrato, assevera Gonzalo Quintero (2003, p. 243), *in verbis*:

En los delitos de peligro, aceptado que la razón de la intervención del derecho penal ha sido la probabilidad del daño será imprescindible comprobar que esa probabilidad efectivamente se ha producido. Por lo tanto, y aun cuando diferenciamos entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, no se debe llevar la diferencia hasta el extremo – visible em muchas interpretaciones- de afirmar que en los delitos de peligro abstracto el delito existirá aunque no haya habido, en el caso, ni un peligro remoto.

Além disso, pode-se rechaçar a opinião sobre a inconstitucionalidade dos crimes de risco fazendo uma pergunta: se para o princípio da ofensividade há a necessidade de o bem jurídico sofrer uma lesão para a intervenção do Direito Penal, então os crimes de perigo concreto também seriam inconstitucionais?

Constata-se que, pelo avanço da sociedade sob o ponto de vista econômico, torna-se imprescindível a utilização de crimes de risco e de perigo, utilizando-se, assim, de uma técnica de política criminal, visando a proteção de bens jurídicos de grande envergadura, como é o caso daqueles relacionados à ordem econômica. Nesse sentido, o princípio da ofensividade tem que ser interpretado nos moldes do princípio da proibição da proteção deficiente. Não se quer aqui deixar de lado a dogmática penal, mas, também, não se pode deixar de lado a importância da política criminal nos dias atuais, instrumento de grande importância na sociedade pós-moderna.

4 A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL NO CRIME DE FORMAÇÃO DE CARTEL

Antes de abordar propriamente sobre a antecipação da tutela penal econômica, algumas observações parecem pertinentes. Na visão tradicional sabe-se que o delito é constituído por três elementos: pelo fato típico, pelo fato ilícito e pela culpabilidade do agente. A tipicidade pode possuir apenas dois elementos: a ação e o resultado potencial, em razão, por exemplo, do crime de cartel (segundo o dicionário, cartel é apenas a reunião comercial entre empresas atuando de forma independente e no mesmo setor econômico, para limitar a concorrência e elevar os preços, verificando-se, assim, a dispensabilidade do resultado para a caracterização dessa prática econômica); deixa-se de lado, portanto, dois elementos da visão tradicional: o resultado e o nexos de causalidade. O primeiro elemento do delito leva o nome de “fato típico”, pois se diz que há um tipo de uma situação criminosa ocorrendo, ou seja, há um fato tipicamente criminoso. O fato tipicamente criminoso apresenta uma característica apenas, que é a tipicidade (conjunto, num fato, de todos os elementos que caracterizam legalmente um delito). A palavra tipicidade no âmbito penal tem origem na Alemanha, significando nesse país “*der tatbestand*”. Esta palavra é composta, ou seja, derivada de outras duas, a saber: “*die tat*”, que significa a ação, e “*der bestand*”, que significa a existência; daí dizer-se que a tipicidade significa a existência de uma ação. Percebe-se pela origem da palavra tipicidade, que não necessariamente terá que haver um resultado na situação – pois a origem da palavra reclama apenas a existência de uma ação, sem necessariamente haver um resultado e o correspondente nexos causal. Pode-se haver, contudo, um resultado potencial, resultante da peculiaridade do fato tipicamente criminoso. Quer-se dizer com isso que talvez a expressão “antecipação da tutela penal” não seja a mais adequada, em razão da palavra “*der tatbestand*” – existência da ação – não reclamar necessariamente um resultado.

O estudo histórico da antecipação da tutela penal se faz necessário para a compreensão do presente. Pode-se perceber um significativo incremento da aplicação antecipada do direito penal na atualidade. Porém, isso não é uma completa novidade nos dias atuais. O uso da ideia de antecipação já podia ser observado até mesmo em momentos anteriores ao surgimento das Sociedades de Risco. Assim, pode-se dizer que as construções que intentam uma criminalização primária unicamente embasada em um desvalor da ação, não se importando com as consequências advindas do resultado, tiveram um fundamento político-criminal mais remoto (SILVEIRA, 2006, p. 92).

Poder-se-ia conceber a ideia de antecipação desde os tempos de Roma, aparecendo de forma avassaladora na 2ª Grande Guerra, quando da ascensão do nazismo social nacionalista. Mesmo após a 2ª Grande Guerra observou-se a utilização de várias leis utilizando-se da antecipação da tutela penal, ganhando força precipuamente com as ações terroristas ocorridas em 11 de setembro de 2001, em Nova York e em 11 de março de 2004, em Madri (SILVEIRA, 2006, p.92). Nesse diapasão, fora introduzida no ordenamento jurídico pátrio a Lei Antiterrorista, que depois de mais de 28 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil foi regulamentada. Essa Lei prevê, no seu texto normativo, crimes praticados por meio de ações meramente preparatórias, demonstrando a presença da antecipação da tutela penal no direito doméstico.

A antecipação da tutela penal acaba sendo uma realidade na sociedade pós-moderna, principalmente naqueles crimes ditos contra a ordem econômica, seja pelo fato de atingirem bens supraindividuais, seja por ser de difícil constatação o nexos de causalidade, quando posto o bem jurídico em risco potencial.

É bastante recorrente a identificação da pós-modernidade com o agrupamento de quatro classes na sociedade contemporânea: (I) sociedade de informação; (II) sociedade pós-industrial, (III) o pós-fordismo e, por último; (IV) a pós-modernidade, a partir das teorias de Jencks, Harvey e Baudrillard. Essas teorias teriam começado a se desenvolver a partir da década de 1940, do século passado, no contexto do desenvolvimento do computador e após a Segunda Guerra Mundial (CABRAL, 2005, p. 35-36).

A sociedade de informação mostrou-se forte com a evolução tecnológica. A produção e a distribuição de computadores e outros equipamentos são características fundamentais da sociedade de informação. Essas características são importantes para a inclusão dos jovens na vida social e profissional, haja vista que é através dessas ferramentas que eles podem estudar e tornarem-se bons profissionais.

A sociedade pós-industrial é marcada por dois agentes muito importantes na história: Taylor e Ford. Taylor propôs no meio industrial a hierarquização e divisão de tarefas – devendo ser finalizado o trabalho no menor tempo possível –, demonstrando a exploração do proletariado nesse momento histórico. Mais adiante, querendo dar continuidade às ideias de Taylor, surge Ford, proprietário de uma empresa automobilística, o qual preconizava a produção em massa assim como o consumo em massa. No entanto, essa prática não foi bem recepcionada pelos países ditos subdesenvolvidos, haja vista o pouco consumo.

O pós-fordismo surge em um momento histórico no qual a produção em massa não interessa mais, prezando as empresas pela produção de acordo com as necessidades do

mercado. Uma das características dessa fase histórica é justamente a fusão de empresas, suscitando o aparecimento de forma efetiva dos cartéis.

Em relação à sociedade pós-moderna pode-se afirmar que ela surge da reunião de todos os conceitos anteriores, apresentando, porém, algumas características peculiares, quais sejam: a possibilidade efetiva de se deixar dominar pela imaginação das mídias eletrônicas; colonização do seu universo pelos mercados (econômico, político, cultural e social); a celebração do consumo como expressão pessoal; e, o individualismo. Uma das senhas para a entrada no pós-modernismo é a globalização. No pós-modernismo o Direito Penal deve intervir com vistas a reprimir condutas consideradas narcisistas – individualistas ou egoístas –, como é o caso do cartel.

Nesse cenário, o que importa para o Direito Penal é evitar ou controlar as condutas e não reprimir os resultados. Assim, não interessa aos gestores de riscos atuarem após a ocorrência do dano, mas, sim, antecipar-se a ele, diante da irreversibilidade dos danos possíveis. Nesta situação, a norma penal surge como elemento de antecipação da tutela, sob um ponto de vista preventivo do Direito. Para tanto, o tipo penal deve estar dirigido à conduta, mas não ao resultado. A atividade propriamente dita passa a ser o núcleo do injusto. A insegurança que acompanha essas condutas e a extensão da ameaça leva o legislador infraconstitucional a optar pela norma de prevenção, por meio de descrições típicas que não reconheçam o resultado como elemento integrante do injusto penal (BOTTINI, 2010, p. 120-121).

Diante dos danos irreversíveis aos bens jurídicos surgiu a necessidade da antecipação da tutela penal por meio da técnica denominada de crimes de risco, precipuamente na área econômica, haja vista atingir a coletividade. Aqui não há necessidade da espera de colocação do bem em perigo concreto tampouco da espera do efetivo dano.

Por força imediata de sua inserção dentre os valores constitucionais mais destacados, parece estar assegurado o aspecto da dignidade penal da ordem econômica, em seus múltiplos aspectos, ao menos no ângulo do reconhecimento da presença de um bem jurídico coletivo de irrefutável relevo global. No que diz respeito à ordem econômica brasileira, deve-se levar em consideração a recomendação constante do referido § 4º do art. 173 da CF, que preconiza a indispensabilidade da existência de uma livre concorrência entre agentes econômicos no âmbito do mercado que seja isenta de distorções e de manipulações originárias do emprego abusivo do poder econômico das quais possam evidenciar prejuízos aos consumidores como também aos demais competidores (MAIA, 2008, p. 125).

A vinculação do Direito Penal à proteção de bens jurídicos não exige que só haja a punibilidade em caso de lesão de bens jurídicos. É suficiente uma colocação em perigo de bens jurídicos, que nos delitos de perigo concreto o próprio tipo converte o requisito da punibilidade, enquanto que os delitos de perigo abstrato os bens jurídicos protegidos não se mencionam em absoluto no tipo, senão que constituem só o motivo para a criação do preceito penal (ROXIN, 1956, p. 56).

Tendo em vista os riscos gigantescos na sociedade contemporânea, tendentes à destruição da humanidade, vislumbra-se por uma tutela antecipada, de modo que, a materialização desses fenômenos deve ser evitada e prevenida com rigor. Daí porque se rejeita o modelo de Direito Penal de resultados, que atua repressivamente, após a conformação do dano, sendo mais conveniente a antecipação da tutela penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo (MACHADO, 2005, p. 96).

O Direito Penal não deve levar em consideração apenas acontecimentos reais ou concretos como também possíveis, trazendo à baila o que se chama de criação de um perigo, ou seja, um estado extraordinário em que se espera uma probabilidade da produção de consequências danosas (WELZEL, 1956, p. 56), pois, haverá situações em que a forma antecipada mediante os tipos de perigo abstrato se mostra imprescindíveis, justamente em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado ex ante, seja pelo fato de não se medir o perigo imposto em certas situações, ou a inviabilidade de estabelecer-se o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos ditames rigorosos do processo penal (ILHA DA SILVA, 2003, p. 101).

Vislumbra-se a importância e a imprescindibilidade de se instituir tipos de risco – ou seja, a antecipação da tutela penal – a fim de tutelar bem jurídico dito supraindividual, como é o caso do Crime de Formação de Cartel, caso contrário poderá haver resultados irreversíveis.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto vê-se a necessidade da utilização dos crimes de risco nos dias atuais, haja vista a sociedade ter evoluído sob o ponto de vista tecnológico e industrial, demandando uma cautela maior dos legisladores no momento de eleger a forma pela qual criminalizará determinadas condutas: se por meio de um crime de risco, ou se por meio de crimes de perigo, ou ainda se por meio dos crimes de dano. Constatou-se que os crimes de risco são uma necessidade dos tempos atuais, de modo que a sua rejeição resultaria em acontecimentos irreparáveis em uma sociedade pós-moderna e de risco.

O desvalor da ação aparece como elemento fundamentador e preponderante nos crimes de risco. Em alguns crimes, especificamente nos de formação de cartel, deve preponderar o desvalor da ação, pois caso o legislador inclua o desvalor do resultado como elemento necessário para o preenchimento do tipo, não será cumprida a finalidade do Direito Penal, que é justamente a de garantir a proteção de bens jurídicos – aqui denominados de difusos ou supraindividuais ou metaindividuais. Portanto, aqui o desvalor do resultado deve ser apenas potencial, possível.

Ademais, a necessidade de criminalização de determinadas condutas pelo legislador infraconstitucional faz-se necessária por imposição do próprio constituinte, pois caso contrário os próprios destinatários da norma ficariam desamparados. Nesse cenário, mostra-se necessário não apenas um limite negativo ao legislador infraconstitucional – não criminalização de condutas consideradas irrelevantes para o Direito Penal e, portanto, não elegidas pelo constituinte –, como também um limite positivo, ou seja, a necessidade de criminalização de condutas mandadas pelo constituinte. É o que ocorre com o art. artigo 173, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual preconiza 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. Denotando a importância da matéria positivada pelo legislador constitucional, impõe-se a obrigatoriedade do legislador infraconstitucional de incriminar condutas, principalmente aquelas que buscam a junção de empresas para a constituição do cartel.

Constatou-se que a antecipação da tutela penal nos crimes de cartel é necessária, isso porque, vive-se em uma sociedade de risco e pós-moderna na qual os riscos são muito grandes, de modo que, deixar que o resultado ocorra para depois punir seria um erro extremo, com consequências irreparáveis. Assim surge a política de incidência dos crimes de risco, que

é uma forma de antecipar a tutela de determinados bens jurídicos. Esses bens jurídicos são aqueles denominados difusos, não protegendo apenas pessoas individualmente consideradas, mas, também, um grupo indeterminado de pessoas. Pode-se afirmar que se incluem nesse grupo indeterminado de pessoas os consumidores.

Boa parte da doutrina assevera que haveria a violação ao princípio da ofensividade se porventura o legislador criasse tipos de perigo – abstrato (aqui entendido como de risco) ou concreto –, pois não haveria ofensa ou ameaça de ofensa ao bem jurídico tutelado. Porém, constatou-se a compatibilidade do princípio da ofensividade com os crimes de risco por dois motivos: 1º. Caso o Direito Penal não interviesse haveria a violação ao princípio da proibição da proteção deficiente; e 2º. A ofensividade não só ocorre quando houver efetivamente um dano, mas, também, quando aquela conduta for propensa a ofender bens jurídicos.

REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CABRAL, Juliana. **Os tipos penais de perigo e a pós-modernidade**: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBBCRIM, 2005.

MAIA, Rodolfo Tigre Maia. **Tutela penal da ordem econômica**: o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Córdoba: Editorial Bibliografía Argentina, 1957.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. **Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo**. In: Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. Cuenca: Colección Estudios, 2003.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Lima: INDEMSA, 2006.

SILVA, Luciano Nascimento. **Teoria do direito penal econômico**: fundamentos constitucionais da ciência criminal secundária. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

STRATENWERTH, Günther. **Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

_____. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.