

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

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

CLOVIS ALBERTO VOLPE FILHO

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

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. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

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

Coordenadores: Clovis Alberto Volpe Filho; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-737-3

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

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Em uma tarde de Sábado, em pleno dia 24 de junho, por ocasião das festividades de São João no início do inverno brasileiro, o Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I reuniu-se, em breve, porém produtivo intervalo no arrasta-pé, com o escopo de debater temas modernos e interdisciplinares das Ciências Penais, que resultou na confirmação de que o Conpedi é hoje uma associação que contempla grandes profissionais, docentes e acadêmicos do direito. Com grande capacidade crítica, os estudiosos de ecléticos temas do universo do direito e do processo penal, corroboraram o sucesso dos eventos remotos do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Diversas Instituições, de norte a sul do país, estiveram representadas nos debates, culminando com um livro, de consulta imprescindível, que é composto dos seguintes artigos/capítulos, ora apresentados por título, autoria e síntese.

O texto “Justiça restaurativa: conjugação da eficiência penal com a finalidade retributiva da pena”, escrito por Carlos Augusto Machado De Brito e Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, analisa a inovação da justiça restaurativa e promove um resumo histórico sobre o direito penal e a sua evolução até os dias atuais, com a ideia da constitucionalização do direito penal e a inserção das garantias. Para além disso, identifica os movimentos evolutivos do sistema penal e suas velocidades, colocando o desenrolar da importância da atuação da vítima para a resolutividade da lei penal. Ainda, o texto faz o cotejo da necessidade de um direito penal eficiente, mas sem deixar de lado a observância da finalidade retributiva do direito penal, e ressalta a importância do papel da vítima na justiça restaurativa, em especial nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher objetivando a busca do cumprimento da função retributiva da pena conjugada com a eficiência do direito penal.

O trabalho “Justiça restaurativa: aplicabilidade prática no judiciário brasileiro”, de autoria de Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, Allan Vítor Corrêa de Carvalho e Mariana Soares de Moraes Silva, aborda a temática da Justiça Restaurativa concebida por Howard Zehr, e em quais âmbitos do judiciário brasileiro suas práticas poderiam ser adotadas a fim de melhorar a cultura de não somente punir e prender, no intuito de desafogar o judiciário e diminuir a superlotação dos presídios. Com os resultados obtidos, os autores revelaram que há diversos estudos acerca da implantação de práticas restaurativas em diversos âmbitos do judiciário

brasileiro, como nas varas de violência doméstica, infância e juventude e delegacias de polícia, mas que o grande obstáculo para uniformização das práticas consiste na ausência de normatização sobre o assunto.

O texto “Lei Maria da Penha: extensão do bem jurídico protegido e a transexualidade”, dos autores Marcela Da Silva Pereira e Antônio Carlos da Ponte, revela que, diante do contexto cultural e histórico vivenciado, grupos feministas se rebelaram contra a limitação de direitos, exigindo que estes fossem iguais aos dos homens; lutaram também por sua autonomia e liberdade, para que não houvesse mais sua submissão e dependência, inclusive quanto ao seu papel social, a uma figura masculina. Conceitos, como família, tiveram que ser revistos diante das mudanças nas relações interpessoais, de forma que o Direito estava se tornando um limitador da proteção e se via em desconformidade com a realidade vivida. O conceito mulher, prematuramente visto como sexo feminino, conceito biológico, mostrou-se insuficiente, devendo ser ampliado para assegurar a proteção do gênero, bem jurídico da lei 11.340/06. Dados apontam que a vulnerabilidade em razão do gênero feminino consiste em tema que exige uma maior atenção e cuidado, bem como uma política e garantias mais eficientes, tratando-se de problemática que clama atenção. Não diferente da situação dos transexuais, do gênero feminino, os quais, através das estatísticas, percebe-se que são alvos constantemente violados, vistos a margem da proteção. Revelam os autores que os Tribunais vêm decidindo pela ampliação do conceito, entendendo pelo gênero, além do sexo feminino, para que se possa alcançar situações diferentes ou até mesmo próximas, mas com o mesmo intuito e bem jurídico.

O intitulado “Mandados de criminalização e a tutela penal dos bens jurídicos difusos”, dos autores Antônio Carlos da Ponte e Cíntia Marangoni, discorre sobre a teoria dos mandados constitucionais de criminalização e suas implicações na proteção penal aos interesses difusos, diante do crescimento desta espécie de bens jurídicos universais, a partir do fenômeno da globalização e da sociedade pós-moderna. Com efeito, os bens jurídicos penais difusos devem ser tutelados por meio de instrumentos diversos dos utilizados no combate à criminalidade comum (que ataca bens jurídicos individuais), notadamente porque sua eventual lesão tem a capacidade de atingir um número indeterminado de pessoas e causar danos irreversíveis à sociedade. Para tanto, aborda-se o princípio da proporcionalidade (pelo viés da proibição da proteção deficiente) e a necessidade de reformas legislativas condizentes com a criminalidade contemporânea.

“Maternidade no cárcere privado: uma análise acerca do desenvolvimento adequado da criança a partir da teoria do apego”, com autoria de Jéssica Cindy Kempfer e Isadora Malaggi, busca analisar se o ambiente prisional é o mais adequado para a criança conviver

com a mãe no pós-parto, a partir da teoria do apego e das atuais estruturas e instalações do sistema prisional. Diante disso, com o objetivo de concluir, através da teoria do apego e do atual sistema carcerário, o ambiente adequado para a criança, indaga-se a seguinte questão: a partir da teoria do apego e das atuais estruturas e instalações do sistema prisional, é possível afirmar juridicamente que, durante o tempo estabelecido na legislação, o convívio no pós-parto do filho com a mãe no ambiente prisional é o mais adequado? Desta forma, para responder à referida pergunta, é contextualizado o cárcere feminino no Brasil e o aumento significativo do encarceramento feminino. Ressalta-se, ainda, a maternidade e a teoria do apego, apresentando a importância do vínculo da criança com a figura de apego. Por fim, busca realizar de forma específica as relações entre mãe e filho com base na teoria do apego e as divergências frente ao ambiente prisional adequado. Como resultado final, o artigo externa que o ambiente prisional não é o lugar mais adequado para criança conviver com a mãe.

“Necropolítica e ressocialização no sistema prisional: impactos no direito à educação do apenado”, de Flavia De Paiva Medeiros De Oliveira e Drielly Cinthya Alves Nogueira, externa que o sistema prisional brasileiro ampara-se na punição e ressocialização do apenado, em que devem ser respeitados os princípios constitucionais de cumprimento da pena. No entanto, as prisões brasileiras estão permeadas por estruturas inadequadas e regimes disciplinares diferenciados que constantemente ferem a dignidade das pessoas privadas de liberdade e impedem a ressocialização. Assim, o artigo objetivou analisar a relação do conceito de necropolítica com o direito à educação do apenado no contexto prisional brasileiro. Para tanto, utilizou o conceito de necropolítica de Achille Mbembe na tentativa de problematizar o racismo e a política de morte do Estado brasileiro para com a população carcerária. Ao final, concluiu-se que, em uma análise necropolítica, não existiria uma coincidência na formatação da população carcerária e das motivações para a negação de seus direitos dentro e fora do contexto prisional brasileiro, inclusive no direito à educação como processo de ressocialização do apenado.

Já o artigo “O crime de lavagem de dinheiro nas transferências de atletas de futebol e a implementação preventiva de programas de criminal compliance em clubes brasileiros”, de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e João Menezes Canna Brasil Filho, examina os impactos concernentes à implantação de programas de criminal compliance com foco de prevenção à lavagem de capitais, principalmente em transferências de atletas de clubes brasileiros de futebol. Inicialmente, aborda-se o fenômeno da globalização no mercado futebolístico, corresponsável pela multiplicação de investimentos internos e externos no esporte, o qual determina o incremento do risco do cometimento do delito de lavagem de capitais. Assim, discute-se ferramentas de governança utilizadas por entidades relacionadas

ao esporte com o fito de coibir essas práticas criminosas, bem como as especificidades oriundas da instituição de programas de criminal compliance dentro de clubes de futebol, com características distintas de empresas de outros ramos, salientando a independência de um sistema de compliance como atributo essencial para elevar o êxito na prevenção desses delitos. Destaca-se, ainda, que o texto analisa os deveres de compliance que precisam ser observados por agentes envolvidos no setor e identificados na legislação vigente, tendo em vista a alta vulnerabilidade das operações nacionais e transnacionais envolvendo transações de atletas, particularmente em relação ao delito de lavagem de dinheiro.

Na sequência, Bruna Vidal da Rocha, Dani Rudnick e Tatiane Lemos Nascente apresentaram o texto "Reflexões históricas acerca do Tribunal do Júri", reiterando a historicidade e abordando, a partir de critérios delineados, a relevância e os aspectos controvertidos que envolvem o tribunal popular.

O artigo Educação no sistema prisional como efetivação da cidadania para os encarcerados no Estado da Paraíba, de autoria de Rômulo Rhemo Braga, Mariana Morais Silva e Allan Vitor de Carvalho, traz à baila os postulados fundamentais para a dignidade humano por meio do direito à educação efetivado no cárcere, por meio de importante estudo de caso.

A temática do poder probatório do juiz penal foi analisada por Américo Bedê Freire Junior e Vanessa Maria Feletti; e o ambiente prisional brasileiro como locus de violações de direitos humanos e apropriado para a estruturação das facções criminosas foi abordado por Luan Fernando Dias e Maria Aparecida Lucca Caovilla.

A provisoriedade da prisão e a morosidade judicial como violação de direitos fundamentais foi o objeto de análise do texto de autoria de Débora Simões Pereira; e o protocolo para a higidez do reconhecimento de pessoas como dimensão estruturante do procedimento probatório foi alvo da abordagem feita por Eduardo Garcia Albuquerque.

Seguindo a mesma toada, Luciano Santos Lopes e Pedro Afonso Figueiredo analisou a teoria da cegueira deliberada aplicada aos crimes tributários, com ênfase em suas repercussões e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Luciana Machado Teixeira Fabel e Lélío Braga Calhau apresentaram e trouxeram para a pauta as discussões sobre os desafios opostos ao Direito Penal pelo ESG, Greenwashing e pelos programas de integridade.

Sem dúvidas, aqui uma grande obra que é produto de construção coletiva, oriunda de diversos bancos acadêmicos e profissionais desse país marcada por novas discussões, intensas transferências de tecnologias e práticas de inovação que, em muito, redimensionam a

ciência do Direito, a dogmática jurídica-penal e a produção do conhecimento científico na área desse já tradicional grupo de trabalho.

Convidamos, pois, à leitura; cumprimentando, todos e todas, pelo êxito de mais um GT em um encontro virtual do CONPEDI.

Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder Escola Superior/MG

Professor Doutor Clovis Alberto Volpe Filho

Faculdade Dr. Francisco Maeda/Faculdade de Direito de Franca

Professor Doutor Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Universidade Estadual do Maranhão, Universidade Ceuma e Universidade de Salamanca.

MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E A TUTELA PENAL DOS BENS JURÍDICOS DIFUSOS

WARRANTS CRIMINALIZATION AND CRIMINAL PROTECTION OF DIFFUSE LEGAL RIGHT

Antonio Carlos da Ponte
Cintia Marangoni

Resumo

O presente estudo discorre sobre a teoria dos mandados constitucionais de criminalização e suas implicações na proteção penal aos interesses difusos, diante do crescimento desta espécie de bens jurídicos universais, a partir do fenômeno da globalização e da sociedade pós-moderna. Com efeito, os bens jurídicos penais difusos devem ser tutelados por meio de instrumentos diversos dos utilizados no combate à criminalidade comum (que ataca bens jurídicos individuais), notadamente porque sua eventual lesão tem a capacidade de atingir um número indeterminado de pessoas e causar danos irreversíveis à sociedade. Para tanto, aborda-se o princípio da proporcionalidade (pelo viés da proibição da proteção deficiente) e a necessidade de reformas legislativas condizentes com a criminalidade contemporânea.

Palavras-chave: Mandados de criminalização, Bem jurídico penal difuso, Globalização, Reforma legislativa, Princípio da proibição da proteção deficiente

Abstract/Resumen/Résumé

This study discusses about the theory of warrants criminalization and their implications for the criminal protection of diffuse legal right, given the growth of this type of universal legal rights, based on the phenomenon of globalization and postmodern society. Indeed, diffuse criminal legal interests must be protected by means of instruments other than those used to combat common crime (which attacks individual legal rights), notably because its eventual injury has the capacity to reach an indeterminate number of people and cause irreversible damage to society. To this end, the principle of proportionality (Untermassverbot) and the need for law reforms consistent with contemporary criminality are addressed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Warrants criminalization, Diffuse criminal legal right, Globalization, Law reform, Untermassverbot

1 Introdução

Este artigo abordará os mandados constitucionais de criminalização e seus reflexos na tutela penal dos bens jurídicos difusos, que ganharam evidência a partir da sociedade pós-moderna ou pós-industrial, notadamente com o fenômeno da globalização.

Na primeira parte deste estudo, será explanado quanto à teoria dos mandados constitucionais de criminalização, suas formas (explícitas ou implícitas), sua conceituação, relevância e correlação com o princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição da proteção insuficiente, deficiente ou subdimensionada.

No segundo tópico do trabalho, os bens jurídicos penais difusos e coletivos serão compreendidos a partir do desenvolvimento da sociedade moderna, sendo que, com a evolução da criminalidade contemporânea, sua tutela penal apresentou-se como uma necessária tendência.

Na terceira parte, a tutela penal dos interesses supraindividuais tornará evidente a premente necessidade de aprimoramento dos mecanismos jurídicos e da dogmática criminal, no efetivo resguardo destes interesses universais, que por suas peculiaridades, demandam instrumentos diversos dos utilizados no combate à criminalidade de massa, haja vista os potenciais reflexos deletérios em toda sociedade, ou grande parcela desta.

Concluiu-se, por fim, que a inércia frente aos comandos constitucionais de penalização configura uma ofensa ao princípio implícito da proporcionalidade – no viés da proibição da proteção deficiente -, motivo pelo qual a evolução do Direito Penal e suas reformas legislativas devem vislumbrar as modernas formas de criminalidade.

O desenvolvimento desse trabalho apoiou-se no método hipotético-dedutivo e na pesquisa bibliográfica, documental e em periódicos científicos.

2 Mandados Constitucionais de Criminalização e o Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente, Deficiente ou Subdimensionada

Inicialmente, antes de discorrermos sobre a tutela penal dos bens jurídicos difusos e coletivos, estudaremos a teoria dos mandados constitucionais de criminalização, a fim de compreender sua interrelação e reflexos na dogmática penal que deve acompanhar a evolução de uma sociedade moderna e globalizada.

Com efeito, os mandados de criminalização ou penalização são comandos – expressos ou implícitos – presentes na Constituição Federal, direcionados ao legislador penal, com a

finalidade de garantir que a tutela criminal seja consagrada sobre certos bens jurídicos individuais ou coletivos, especialmente destacados pelo constituinte.

Deste modo, os comandos de penalização acabam direcionando a criação legislativa, na medida em que as ordens constitucionais indicam ao Poder Legislativo os bens jurídicos que devem obrigatoriamente ser tutelados no âmbito criminal. Mas a finalidade dos mandados de criminalização não seria “ditar regras ao legislador, mas fixar e delimitar os espaços mínimos de sua atuação” (PONTE, 2016, p. 187).

Isto porque, a Carta Magna de 1988 se preocupou com certos bens jurídicos, impondo a criminalização de determinadas situações em seus dispositivos, “além da necessária proteção à dignidade da pessoa humana”, versando então sobre os mandados constitucionais de criminalização (MOURA, 2017, p. 102).

Assim, a Constituição Federal brasileira elencou, por meio dos mandados de criminalização, uma verdadeira “ordem de valores”, que o legislador ordinário deverá observar minimamente, ao cumprir esta “obrigação de penalização”, na tutela dos bens jurídicos destacados (FELDENS, 2005, p. 73).

De fato, a produção dos tipos penais decorrerá não apenas da política criminal prevalente em determinado momento da sociedade, e considerada pelo legislador ordinário, mas também dos ditames consagrados originariamente pelo legislador constituinte.

Inclusive, cumpre notar que os mandados de criminalização configuram espécie de “normas constitucionais de eficácia limitada”, na medida em que necessitam da edição de lei ordinária para produzirem seus efeitos, ou seja, para a tipificação de um determinado comportamento como criminoso, visto que a Constituição não apresenta tipos penais (GONÇALVES, 2007, p. 161).

Com efeito, o mandado de criminalização não traz o preceito primário e secundário do tipo legal, mas indica a conduta que deverá ser incriminada, pela legislação infraconstitucional, configurando uma obrigação positiva (dever de legislar) ou negativa (proibição de supressão de uma proteção penal já existente):

O mandado constitucional não define a conduta incriminada, menos ainda estabelece sanção, mas tão-somente, e de forma nem sempre específica, a conduta por incriminar. Daí por que centra-se, a princípio, em uma obrigação de caráter positivo dirigida ao legislador, para que edifique a norma incriminadora, ou, quando esta já existe, em uma obrigação negativa, no sentido de que se lhe é vedado retirar, pela via legislativa, a proteção já existente. (FELDENS, 2005, p. 75).

Ainda no âmbito da teoria dos mandados constitucionais de criminalização, cumpre observar que os comandos poderão se dar expressa ou explicitamente, bem como de forma

implícita, sendo que neste último caso será demanda maior compreensão e hermenêutica do legislador.

Isto porque, enquanto os mandados constitucionais explícitos estão expressamente elencados na Carta Magna, em dispositivos delimitados, os comandos implícitos surgem da análise contextual da própria Carta constitucional (PONTE, 2016, p. 189).

Assim sendo, os mandados expressos (ou explícitos) de penalização podem ser observados nos seguintes dispositivos da Constituição Federal brasileira:

Os mandados explícitos de criminalização contidos em nossa Constituição Federal são encontrados nos arts. 3, IV (discriminação decorrente de raça, sexo, cor, idade, etnia, religião ou origem); 5º, XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos)¹ e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático), e §3º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais); 7º, X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); 227, §4º (abuso, violência e a exploração sexual de criança ou adolescente); 225 (condutas lesivas ao meio ambiente) (PONTE, 2016, p. 175-176).

Nesse sentido, os mandados expressos de criminalização são ordens diretas e explícitas, que vinculam a atuação do legislador ordinário, que não poderá se omitir sob o fundamento de adoção de diversa política criminal ou outra justificativa:

Os mandados expressos de criminalização trazem decisões constitucionais sobre a maneira como deverão ser protegidos direitos fundamentais. A atuação do legislador no sentido de promover a proteção desses direitos recebe um elemento de vinculação. Ele pode até valer-se de outros instrumentos, mas a previsão de sanções penais perde seu caráter de subsidiariedade e torna-se obrigatória. Ordens diretas que são ao legislador para que atenda ao comando constitucional, a necessidade da edição da lei é questão de supremacia da Constituição. Razões de conveniência, oportunidade, política criminal ou outras não podem ser invocadas para justificar a omissão em dar cumprimento à Lei Magna. A sindicabilidade da não atuação legislativa é, no particular, plena. E será competente o Poder Judiciário para verificar a adequação da legislação expedida às ordens constitucionais. (GONÇALVES, 2007, p. 138).

Já quanto aos mandados implícitos de criminalização, explica Ponte (2016, p. 189) que o bem jurídico, em relação ao qual se busca a tutela penal, tem certa relevância dentro dos

¹ Inclusive, cumpre mencionar que o crime de organização criminosa foi incluído no rol dos crimes hediondos (pela “Lei do Pacote Anticrime” - Lei nº 13.964/2019), constante da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), editada em cumprimento ao mandato explícito de criminalização constante no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal. Contudo, o legislador ordinário perdeu uma importante oportunidade, tendo em vista que, ao condicionar a hediondez do crime organizado, à prática de crime hediondo ou equiparado, “fechou os olhos para as principais atividades ilícitas praticadas pelas complexas organizações criminosas – notadamente os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro -, ainda não contemplados com a característica da hediondez, perdendo desta forma a oportunidade de um avanço legislativo condizente com a criminalidade atual” (PONTE e MARANGONI, 2021, p. 176-177).

valores erigidos como preponderantes pela ordem constitucional, embora ainda não haja previsão de proteção normativa expressa:

Sob tal ótica, justifica-se o reconhecimento de um mandado implícito, quando o bem protegido ou que se busca proteção, apesar de afigurar-se como preponderante dentro da ordem constitucional, não contar com previsão expressa e tampouco com a consequente proteção normativa; caso esta já se encontre no ordenamento, afigure-se como débil, insuficiente ou ineficaz. Em regra, situações extremadas justificarão seu reconhecimento. (PONTE, 2016, p. 189).

Isto porque, alguns valores, que são constitucionalmente consagrados (direito à vida, à integridade física, por exemplo) não podem ficar sem a tutela do Direito Penal, ainda que não exista comando expresso de criminalização neste sentido (TURESSI, 2015, p. 174).

Neste diapasão, a tutela penal da moralidade administrativa é apresentada como um exemplo de mandado constitucional implícito de penalização, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, dos princípios inerentes à Administração Pública, bem como em decorrência da Convenção de Mérida² (MORAES, 2014, p. 66).

Outro exemplo de mandado implícito de criminalização encontramos no crime de corrupção eleitoral, em decorrência dos fundamentos e dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, conforme explica Ponte (2016, p. 190-191):

O combate à corrupção eleitoral não se afigura como uma opção do legislador brasileiro, mas como obrigação decorrente de mandado implícito de criminalização contido na própria Constituição Federal, que indica como alguns dos fundamentos do Estado Brasileiro a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (art. 1º, I, II, III e V, da CF). Mais adiante, em seu art. 3º, a Carta Magna aponta como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem comum, sem qualquer forma de preconceito ou discriminação. Tais finalidades só podem ser alcançadas por intermédio de um parlamento legítimo, ético e plural, constituído com regras claras, que não cedam espaço à corrupção ou às práticas inaceitáveis no campo ético-social.

Contudo, importante notar que esta vinculação do Poder Legislativo não deve ser entendida como uma determinação autoritária do constituinte, visto que os mandados de criminalização, trazendo preceitos orientadores da tutela de bens jurídicos, “se justificam num regime de normalidade institucional e democrática, própria dos Estados de Direito, ou Democráticos de Direitos” (GONÇALVES, 2007, p. 154).

² A “Convenção de Mérida” ou Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que traz a previsão de medidas no enfrentamento à corrupção, incluindo a prevenção e criminalização dos atos corruptivos, foi assinada pelo Brasil em 09 de dezembro de 2003 e promulgada por meio do Decreto nº 5.687/2006, da qual o Brasil é país signatário.

De fato, os comandos de penalização são absolutamente compatíveis com o Estado Democrático de Direito, na medida em que tutelam bens e interesses, individuais e coletivos, com vistas ao histórico de experiências amargas de determinados países, tais como o Brasil durante o regime militar:

Experiências amargas vivenciadas no passado por países que hoje buscam adotar uma linha democrática justificam e fundamentam os mandados de criminalização. A título exemplificativo pode ser apontado o art. 26.1. da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949, quando estabelece que “são inconstitucionais os atos que sejam suscetíveis de atentar contra a convivência pacífica entre os povos e sejam realizados com essa intenção, em especial aqueles que se destinem a uma guerra de agressão. Esses atos deverão ser penalizados”. Na mesma linha, a Constituição Federal brasileira, tomando por fundamento a experiência vivenciada por determinados segmentos sociais e étnicos; a perseguição implacável realizada pelo regime militar, no século XX, àqueles que se opunham ao governo então constituído; também estabelece que seu art. 5º, XLII e XLIV, como imprescritíveis os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. (PONTE, 2016, p. 175).

Neste sentido, outros países, que adotaram a linha democrática, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, trazem mandados expressos de criminalização em suas Constituições, tais como a Alemanha, Itália, França e Espanha (FELDENS, 2005, p. 212).

Ainda sobre os mandados de penalização, as matérias indicadas pelo constituinte, para que o legislador ordinário obrigatoriamente enfrente, vislumbra que a proteção destes bens ou interesses deverá se dar de forma adequada e integral (PONTE, 2016, p. 174).

Para tanto, devemos compreender a dimensão do princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição da proteção deficiente, insuficiente ou subdimensionada, a fim de que a atuação estatal seja ampla e eficiente, na tutela dos bens jurídicos indicados pelos comandos de penalização.

Isto porque, “a proporcionalidade da atuação estatal na defesa de direitos fundamentais deve ser sindicada não apenas para evitar medidas gravosas e evitáveis – a proibição do excesso, *Übermassverbot* – mas, também, no sentido de proibir a proteção subdimensionada ou insuficiente *Untermassverbot*” (GONÇALVES, 2007, p. 57).

Com efeito, os mandados de criminalização acabam tendo fundamento nessa “dupla face” dos direitos fundamentais, a fim de instituir deveres de proteção que limitam a atuação do legislador penal ordinário, com estas ordens de criminalização (TURESSI, 2015, p. 162).

Assim, a ausência de criminalização das condutas referidas nos mandamentos constitucionais de penalização, pode se apresentar como “desproporcionalmente deficiente”, na medida em que valores erigidos como preponderantes deixaram de ser tutelados integralmente:

Situações há nas quais meios mais brandos de controle se mostram incapazes para dissuadir a prática de condutas anti-sociais ou para reafirmar, na sociedade, a prevalência de determinados valores. Nesses casos, a não-adoção de sanções penais pode ser vista como desagregadora do tecido social ou, no sentido aqui alvitrado, desproporcionalmente deficiente. (GONÇALVES, 2007, p. 58).

Isto porque a aplicação do princípio da proporcionalidade na garantia dos direitos fundamentais, em sua dupla vertente (proibindo o excesso estatal e evitando a proteção jurídica insuficiente), “apresenta-se como mecanismo útil e adequado para viabilizar a potencial incidência das garantias constitucionais da isonomia, do devido processo penal, permitindo em *ultima ratio* que vicejem os principais direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito” (MOURA, 2017, p. 83).

Deste modo, os preceitos da proporcionalidade devem ser observados não apenas para limitar a atuação do Estado frente à liberdade dos indivíduos, como também para evitar omissões estatais na punição de condutas que deveriam ser criminalizadas, o que acaba deixando direitos fundamentais desprotegidos (GONÇALVES, 2007, p. 110).

Por tais motivos, o legislador ordinário apresenta apenas liberdade relativa em sua produção legislativa, na medida em que a Constituição Federal, por meio de seus mandados de criminalização, já lhe apresenta pautas que devem ser normatizadas, sob pena de infringência ao princípio da proibição de proteção deficiente:

Embora desfrute de uma ampla liberdade de configuração, o legislador penal não se imuniza a um controle de constitucionalidade sobre os atos que produz, seja na penalização, seja na despenalização de determinadas condutas. Sua liberdade de atuação, conquanto regra, é relativa, encontrando-se submetida a pautas que lhe são subministradas pela Constituição, as quais lhe impedem extravasar os limites superior (proibição do excesso) e inferior (proibição de proteção deficiente) da proporcionalidade. (FELDENS, 2005, p. 215).

Quanto ao princípio da proporcionalidade, em seu viés de proibição de proteção deficiente, insuficiente ou subdimensionada, cumpre mencionar que o Supremo Tribunal Federal julgou pela primeira vez essa matéria - tratando da proibição da proteção deficiente em matéria penal dos direitos fundamentais -, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376-5/MS³, em 09 de fevereiro de 2006 (DJ 23-03-2007).

³ No Recurso Extraordinário nº 418.376-5/MS, “discutia-se, em síntese, se a negativa de equiparação do instituto da união estável ao casamento, para fins de incidência da hipótese especial de extinção de punibilidade nos tipos penais componentes dos ‘crimes contra os costumes’, consubstanciada no art. 107, inciso VII do CP, ocasionava uma violação ao art. 226, §3º, da CRFB de 1988.” Assim, “o acórdão, por maioria, negou provimento ao Recurso Extraordinário, afastando o reconhecimento da união estável, bem como ressaltando que, inclusive, tal hipótese de extinção de punibilidade já havia sido revogada pela Lei nº 11.106/2005.” No voto-vista do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Mendes, consta que “o reconhecimento de união estável e, por conseguinte, de incidência de hipótese normativa do Código Penal que ensejaria a extinção da punibilidade do agente, permitiria blindar, através de norma penal benéfica, uma situação de fato repugnada pela sociedade”, caracterizando-se hipótese de proteção deficiente. (MORAES, 2014, p. 57-58).

No âmbito de referido julgamento surgiu “a teoria dos Mandados de Criminalização ou Penalização, ou seja, instrumentos da Constituição para oferecer proteção adequada e suficiente a alguns direitos fundamentais, diante de lesões ou ameaças vindas de agentes estatais ou de particulares” (MORAES, 2014, p. 57-58).

Isto porque, conforme visto, ao ignorar os mandados de penalização constantes da Constituição Federal, acaba-se desrespeitando o princípio constitucional implícito da proporcionalidade, em sua interpretação de proibição de proteção insuficientes, enunciado disposto na preservação dos direitos fundamentais.

Entretanto, a proteção jurídica insuficiente acaba sendo a regra no ordenamento jurídico brasileiro, posto que diversos bens jurídicos deixam de ser tutelados penalmente de forma adequada e proporcional, ao revés das disposições constitucionais (MOURA, 2017, p. 109-110).

Então, no caso de os mandados de penalização não serem observados, entende-se cabível recorrer-se do controle de constitucionalidade, notadamente pelo fato do princípio da proibição da proteção deficiente (vertente do princípio da proporcionalidade) também não ter sido respeitado (TURESSI, 2015, p. 164-165).

De fato, a deficiência na produção legislativa, ou desatendimento total a um mandamento constitucional de criminalização, constitui-se também em ofensa ao princípio implícito da proporcionalidade, no viés de proibição da proteção jurídica insuficiente, de modo que os ditames constitucionais terão sido fatalmente ignorados.⁴

Assim, cumpre observar o entendimento de que eventual desrespeito aos mandados de criminalização, pela omissão inconstitucional na tutela penal dos referidos bens jurídicos, pode ser arguido por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da arguição de descumprimento de preceito fundamental ou do mandado de injunção (PONTE, 2016, p. 174-175).

Ainda no que se refere à necessidade de o Direito Penal respeitar os mandamentos constitucionais, cumpre notar que as sanções penais também são demandadas para a tutela dos bens jurídicos difusos e coletivos, trazendo um novo paradigma na dogmática penal:

Nossa orientação é de que a demanda pela plena adequação das normas penais aos comandos da Constituição que trazem direitos fundamentais de primeira dimensão, de feição liberal, não pode obstar ao reconhecimento de que as sanções penais são chamadas também para a proteção de direitos coletivos e difusos e funcionam como

⁴ Inclusive, com fundamento no dever de proteção e a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*), o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1975, decidiu pela inconstitucionalidade da “Lei de Reforma do Código Penal” (que tratava do aborto, prevendo sua possibilidade nos primeiros três meses de gestação), reconhecendo a existência dos mandados implícitos de criminalização (TURESSI, 2015, p. 173).

elemento de dissuasão de ataques a direitos fundamentais vindos de pessoas privadas. A proteção dos direitos fundamentais, em todos esses aspectos, é que traduz o novo paradigma do Direito Penal. Propugna-se um Direito Penal proporcional. (GONÇALVES, 2007, p. 110).

Ante o exposto, imperativo compreender que os mandados de criminalização não apresentam apenas o papel de proteger os direitos e garantias individuais, como também os bens jurídicos penais difusos e coletivos, notadamente diante do aprimoramento da criminalidade moderna (PONTE, 2016, p. 188):

Quando se discute o papel dos mandados de criminalização, surge a dúvida se estes devem assegurar a realização de Justiça Social ou a proteção de direitos e garantias individuais.

Um primeiro enfoque do problema pode nos levar à ideia de que o papel dos mandados de criminalização é, sobretudo, a proteção de direitos e garantias individuais. Tal conclusão seria plenamente aceitável numa sociedade que não tivesse que atuar frente a novas formas de criminalidade.

Atualmente, o combate a determinadas práticas criminosas, como o narcotráfico; a criminalidade organizada; a lavagem de dinheiro; os crimes que atentam contra bens difusos e coletivos; os crimes eleitorais, dentre outros, exige uma nova leitura do Direito Penal que permite, por vezes, a flexibilização de algumas garantias constitucionais em busca de um valor maior, representado pela Justiça Social. (...) (PONTE, 2016, p.187).

3 Bens jurídicos penais supraindividuais na sociedade pós-moderna ou pós-industrial

Diante do papel dos mandados de criminalização, na tutela dos bens jurídicos penais difusos e coletivos, cumpre explanarmos sobre o surgimento e consolidação de referidos interesses transindividuais, principalmente no contexto da sociedade contemporânea, na qual são observadas novas formas de criminalidade.

Isto porque, em decorrência dos novos riscos gerados no âmbito da sociedade pós-moderna ou pós-industrial, e que foi chamada de “sociedade de risco” pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, o Direito Penal, a fim de tutelar também os bens jurídicos de matiz coletiva (além dos bens jurídicos de cunho individual), deve se adaptar e flexibilizar sua dogmática penal, a fim de conseguir enfrentar os novos conflitos sociais (TURESSI, 2015, p. 222-224).

Neste diapasão, Feldens (2005, p. 55-56) argumenta quanto à necessidade de uma “tutela equilibrada de todos os bens jurídicos fundamentais, individuais e coletivos”, sendo que não se deve aceitar a afirmação de que o Direito Penal não deve intervir onde não exista um bem jurídico individual (clássico) - pois a tese de que tais bens jurídicos coletivos não se tratariam de bens jurídicos como tais, já que sua ofensa não teria vítimas de “carne e osso”, é uma tese totalmente infundada, visto que afetam a toda sociedade.

Com efeito, a tutela penal tradicional, dos bens jurídicos individuais, acabou se mostrando insuficiente com o desenvolvimento da sociedade pós-industrial ou pós-moderna, que trouxe novos riscos e relações sociais mais complexas, vislumbrando-se a necessidade de também serem tutelados os bens jurídico-penais coletivos (TURESSI, 2015, p. 107).

Deste modo, na sociedade contemporânea apresenta-se em evidência a necessidade de efetiva regulação penal dos bens jurídicos transindividuais, que dizem respeito à coletividade em geral, tais como o meio ambiente, as relações consumeristas, a ordem econômica, a ordem tributária, a saúde pública, a educação, a cultura.

De fato, lembra Feldens (2005, p. 55) que “estruturas político-normativas como ‘ordem econômica’, ‘ordem tributária’, ‘regularidade do sistema financeiro’, por exemplo, enfeixam uma relação de significados na qual se contém, para além do interesse público *stricto sensu*, o interesse de todos os sujeitos sociais hoje dependentes de seu hígido funcionamento.”

Neste sentido, lembra Turessi (2015, p. 185) das novas circunstâncias, com o avanço da tecnologia, que demandam a tutela estatal penal:

Com efeito, o crescente número de crimes patrimoniais praticados pela via eletrônica, como clonagens de cartões de crédito e compras fraudulentas pela internet, além das inúmeras fraudes tributárias, lavagem de dinheiro, formação de cartéis, e o surgimento de delitos informáticos ditos puros, praticados exclusivamente no âmbito telemático, merecem a atenção do Direito Penal.

Assim, não apenas os bens jurídicos individuais devem ser tutelados no âmbito criminal, como também os bens jurídicos supraindividuais (difusos e coletivos, transindividuais, universais), que têm como titulares um número indeterminado de pessoas, apresentando-se de suprema importância para toda sociedade.

Contudo, imperativo notar que o legislador, ao levantar determinados bens jurídicos coletivos à categoria de objetividades jurídico-penais, não está procedendo a uma “artificial criação de bens jurídicos sem conteúdo”, porque são “tão reais e referíveis à pessoa como os tradicionais bens jurídicos individuais”. Por exemplo, os crimes ambientais (que causam danos com a contaminação do ar, das águas, trazendo ainda reflexos financeiros no plano das políticas públicas e da saúde da população), também geram efeitos sobre a vida particular de cada cidadão (FELDENS, 2005, p. 59).

Cumprido pontuar que, em que pese a conceituação da doutrina civilista (que com base no Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/89, trata dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), para os fins do presente trabalho trataremos do bem jurídico penal universal, englobando ambos os interesses difusos e coletivos.

Com efeito, a doutrina destaca uma distinção feita entre os bens jurídico-penais supraindividuais: os de natureza coletiva, que se referem à coletividade e são indivisíveis em relação a seus titulares, sendo compreendidos dentro do interesse público (a tutela da incolumidade pública, da paz pública, etc.); e os de natureza difusa, que também se referem a toda sociedade e são indivisíveis quanto aos seus titulares, mas trazem uma conflituosidade social entre diversos grupos, como na tutela ao meio ambiente, das relações de consumo, na proteção da economia popular, dos idosos, etc. (SMANIO, 2002, p. 306).

Destá feita, de início já é possível compreender a evidente lesividade social que decorre de eventual dano aos bens jurídico-penais coletivos, na medida em que atingem um número indeterminado ou indeterminável de ofendidos:

(...) Pode-se afirmar, portanto, que os bens jurídico-penais coletivos são marcados pela existência de uma lesão ou ameaça de lesão que se reflete sobre um número indeterminado de pessoas, pela indivisibilidade do objeto jurídico (e não do objeto material da conduta), e pela intensa conflituosidade marcada por expressivos interesses contrapostos (TURESSI, 2015, p. 119).

Assim, diante do contexto presenciado na sociedade contemporânea, inundada pelos reflexos e efeitos da globalização, evidenciam-se os bens jurídicos transindividuais, que demandam uma tutela penal diferenciada, na medida em que agora, não se trata apenas de combater a delinquência comum, ou violenta, mas uma nova criminalidade, cada vez mais sofisticada e com gigante potencial lesivo.

Deste modo, a modernização do Direito Penal deve estar em consonância com uma política criminal que considere os setores que foram renovados, diante do avanço tecnológico, e assim apresentam novos riscos, tais como: “o setor financeiro, aqui compreendida a lavagem de dinheiro promovida pelo narcotráfico e pela criminalidade organizada⁵, o setor das telecomunicações e, ainda, o da biotecnologia” (TURESSI, 2015, p. 192).

De fato, a globalização e o desenvolvimento tecnológico, dentre outros fatores da sociedade pós-moderna, que corroboram na geração de novos riscos, refletem em uma nova criminalidade, que demandará instrumentos de enfrentamento condizentes com sua atualidade:

O avanço tecnológico, do qual depende o estilo de vida moderno, é, portanto, uma das principais fontes dos grandes riscos que desafiam a pós-modernidade. Ao lado da globalização econômica e da integração supranacional, fenômenos igualmente aprofundados na contemporaneidade, o desenvolvimento técnico-científico possui duplo efeito sobre a conformação da criminalidade atual: a estruturação de novas modalidades de delitos clássicos e a aparição de novas formas delitivas (BAPTISTA, 2016, p. 72).

⁵ De fato, “as organizações criminosas tendem a ser os principais veículos de ataque aos bens jurídicos supraindividuais”, existindo quem defenda que “um dos caracteres para a identificação de uma organização criminosa seja a prática de condutas ofensivas a bens jurídicos coletivos” (SOUZA, 2010, p. 106 e 108).

Para tanto, defende-se que haja uma verdadeira releitura de institutos da dogmática penal, utilizando-se de um “Direito Penal prospectivo, orientado pela precaução, com a possibilidade de antecipação punitiva pelo Estado”, a fim de atender-se a tutela penal dos bens jurídicos coletivos, em uma tentativa de antecipação de riscos (TURESSI, 2015, p. 197-199).

Assim, na tutela dos bens jurídicos transindividuais, o Direito Penal acaba se valendo de políticas criminais ligadas mais à ideia de prevenção, notadamente pelas tipificações de condutas de perigo (concreto e abstrato), antecipando seu caráter coercitivo, com a finalidade de punir o agente antes mesmo da realização do dano ao bem jurídico (GUZELLA, 2008, p. 3073).

Esta tendência pode ser observada, por exemplo, nos princípios da prevenção e da precaução, adotado pelo direito ambiental, considerando os riscos possíveis de determinada atividade econômica e suas consequências danosas à sociedade.

Ainda, considerando a impossibilidade de prever-se todas as formas de lesão aos bens jurídicos penais difusos e coletivos, diante de seus titulares indeterminados, além da insurgência de um Direito Penal prospectivo, também devem ser valorizados os tipos penais abertos⁶, as leis penais em branco⁷ e que prevejam condutas omissivas⁸, bem como os delitos de perigo⁹ (TURESSI, 2015, p. 201-202).

Inclusive, conforme destaca Feldens (2005, p. 60), não se pode mais duvidar da legitimidade da penalização de condutas atentatórias a estes bens jurídicos, que muitos deles “receberam incorporação constitucional”.

⁶ Os tipos penais abertos descrevem uma parte dos caracteres do tipo penal, confiando na tarefa do intérprete, como se verifica, por exemplo, nos crimes culposos, que apenas descrevem o resultado da conduta, bem como nos delitos omissivos impróprios, que dependem da violação ao dever jurídico de evitar o resultado (TURESSI, 2015, p. 207-208). Apesar das críticas feitas aos tipos penais abertos - diante do princípio da legalidade e da taxatividade -, sua utilização apresenta-se salutar no enfrentamento à criminalidade difusa, haja vista a impropriedade técnica e dificuldades de se empregar tipos excessivamente fechados na tutela dos bens jurídicos penais coletivos (TURESSI, 2015, p. 209-210).

⁷ As leis penais em branco (que podem consistir em tipos penais fechados ou abertos), que devem ser complementadas nos pontos periféricos do tipo penal, também recebem críticas relacionadas à violação dos princípios da legalidade e taxatividade. Contudo, são evidenciados na proteção aos bens jurídicos difusos, posto que “deve-se ter em vista que, em uma sociedade pós-industrial, a incrível velocidade imprimida à ciência e à tecnologia pode esvaziar, em curtíssimo espaço de tempo, o conteúdo material do tipo penal que, olvidando-se da técnica aqui referendada, busque minimamente salvaguardá-los” (TURESSI, 2015, p. 211-212).

⁸ No mesmo sentido do que se discorreu sobre os tipos penais abertos e normas penais em branco, a omissão penalmente relevante também apresenta importância na tutela dos bens jurídicos penais coletivos, como se pode observar de diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (artigos 63, §1º, e 64, p. único, da Lei nº 8.078/90) e da Lei dos Crimes Ambientais (artigo 54, §3º, da Lei nº 9.605/98) (TURESSI, 2015, p. 215-216).

⁹ Turessi (2015, p. 217) também observa a importância da previsão de tipos penais de perigo abstrato (ou presumido) na tutela dos bens jurídicos coletivos, haja vista a “imensa dificuldade de identificação de lesados e posterior reparação dos danos”, impondo a necessidade de que “a norma penal protetiva de bens jurídicos coletivos dignos e penalmente relevantes deve se voltar contra comportamentos potencialmente lesivos, substituindo-se o desvalor do resultado pelo desvalor da conduta” (TURESSI, 2015, p. 218).

Deste modo, cumpre notar que alguns bens jurídicos penais coletivos, dada sua magnitude, acabaram sendo objeto de mandados expressos de criminalização, como no caso do meio ambiente, visto que a Constituição Federal, em seu artigo 225, §3º, dispõe que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (TURESSI, 2015, p. 112).

4 Mandados de criminalização e a tutela efetiva aos bens jurídicos penais difusos e coletivos

Conforme acima observado, em uma sociedade pós-moderna ou pós-industrial, notadamente mediante o fenômeno da globalização, a criminalidade contemporânea tornou ainda mais premente a necessidade de uma eficiente tutela penal dos bens jurídicos difusos e coletivos:

No limiar do novo século o crime deixou de ser, exclusivamente, a violação de Caio contra Tício ou Mévio e passou a ser, também, o lucrativo narcotráfico internacional, a corrupção eleitoral e a corrupção econômica, aqui compreendida a lavagem de dinheiro, as irrecuperáveis devastações ambientais com fins de exploração comercial, e, ainda a título exemplificativo, o quase invisível abraço promovido pelos tentáculos da criminalidade organizada nas cinturas de instituições, públicas e privadas, que, de maneira devastadora, ameaça e desestabiliza a segurança da sociedade e, em última análise, do próprio regime democrático. (TURESSI, 2015, p. 190-191).

Assim, com a evolução da sociedade, das relações interpessoais e com o Estado, evidenciou-se a necessidade da tutela penal dos interesses difusos e coletivos, diante das novas formas de criminalidade que atingem esses direitos transindividuais, tais como os crimes ambientais e econômicos (CRUZ, 2019).

Isto porque, podemos observar que a criminalidade contemporânea, decorrente da globalização e da revolução tecnológica trazida pela sociedade pós-moderna ou pós-industrial, está diretamente relacionada à lesão a bens e interesses transindividuais, o que se observa claramente na criminalidade ambiental, criminalidade econômica e pelo próprio crime organizado¹⁰ (BAPTISTA, 2016, p. 73).

Nesta toada, e conforme antecipamos acima, alguns bens jurídicos difusos, por sua relevância na ordem jurídica, são abarcados por mandados constitucionais de criminalização,

¹⁰ A criminalidade organizada, que é compreendida como uma das manifestações da “delinquência da globalização”, apresenta-se cada vez mais sofisticada, praticada por agentes poderosos, e que pode afetar as esferas econômicas, sociais e políticas, visto seu potencial para desestabilizar mercados e corromper o funcionalismo público (BAPTISTA, 2016, p. 73).

como na hipótese de condutas lesivas ao meio ambiente, conforme disposto no artigo 225, §3º, da Constituição Federal (TURESSI, 2015, p. 112).

Com efeito, estando os bens jurídicos transindividuais afetos à sociedade como um todo, a importância de sua tutela indica a esfera do Direito Penal como necessária à efetiva proteção jurídica, considerando que o sujeito passivo passa a ser toda a coletividade, o que justifica que comandos constitucionais se direcionem à criminalização de algumas condutas lesivas.

De fato, a tutela penal dos bens jurídicos supraindividuais deve ser priorizada na medida em que se compreende sua danosidade social, já que eventual lesão a estes interesses universais poderá causar danos catastróficos ou potencialmente irreversíveis, atingindo um número indeterminado de pessoas e comprometendo a sociedade como um todo.

Nesse aspecto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é erigido no “caput” do artigo 225 da Carta Magna, como um direito fundamental, de todo ser humano, visto ser “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”:

Ao contrário das Constituições Federais anteriores, que se olvidaram da questão ambiental, a Carta de Princípios de 1988, atenta à evolução social e à necessidade do reconhecimento e da proteção aos direitos humanos de terceira dimensão, pertencentes de forma indivisível ao próprio corpo social, consagra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental (TURESSI, 2015, P. 167).

Inclusive, destaca Turessi (2015, p. 167) que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seria “o único bem jurídico-penal coletivo objeto de expressa orientação de criminalização em nosso texto constitucional”.

Deste modo, com vistas ao atendimento de referido mandado constitucional expresso de criminalização, o legislador penal ordinário editou a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, conhecida como a “Lei dos Crimes Ambientais”, dispondo sobre sanções penais (e administrativas) decorrentes de condutas lesivas ao meio ambiente¹¹ (TURESSI, 2015, p. 169).

Já quanto aos bens jurídicos supraindividuais de cunho econômico, quando se questiona se estariam abarcados por mandados constitucionais de criminalização, há quem defenda inexistir a obrigatoriedade de criação dos chamados “delitos econômicos”, bem como

¹¹ Contudo, entende-se que o mandado expresso de criminalização previsto no artigo 225, §3º, da Constituição Federal brasileira, não foi atendido suficientemente, por meio da Lei nº 9.605/1998, visto que alguns tipos penais apresentam penas insatisfatórias e desproporcionais, “muitas delas alcançadas por institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95”. Também se questiona que o meio ambiente do trabalho, como bem jurídico coletivo, também deveria ter merecido tutela penal - ainda em atendimento ao referido mandamento de criminalização -, notadamente porque “o trabalhador fica exposto a diversas fontes de energia, máquinas e substâncias químicas que, por vezes, se revelam hostis e extremamente danosas para a sua saúde e para sua própria vida” (TURESSI, 2015, p. 170-172).

que em algumas situações as sanções administrativas já seriam suficientes na regulação do mercado e as relações dele decorrentes (DISSENHA, p. 295).

Contudo, visto que a Constituição Federal brasileira preza por uma ordem tributária funcional e um sistema econômico-financeiro estável, bem como que o Brasil é signatário de tratados internacionais que regulam a atividade econômica (as Convenções de Viena, de Palermo e de Mérida tratam de crimes transnacionais), argumenta-se sobre a consequente obrigação de criminalização de condutas lesivas a bens jurídicos supraindividuais de caráter econômico (DISSENHA, p. 299).

Com efeito, a Carta Magna traz o princípio da defesa da ordem econômica, em seu artigo 170, tendo por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, sendo que no seu artigo 173, §4º, “estabelece verdadeiro mandado de criminalização¹², determinando 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’” (ABADE, 2020, p. 62).

De fato, “o ilícito contra a livre concorrência se caracteriza por não se dirigir apenas contra interesses individuais, mas sim – e principalmente – contra interesses supraindividuais da vida econômica” (ABADE, 2020, p. 67).

Por exemplo, o crime de cartel, como espécie de crime contra a ordem econômica, configura-se por condutas abusivas do poder econômico, com intenção de dominação do mercado, por meio da prática de condutas mercadológicas anticompetitivas, com o fim de eliminar a concorrência (mediante ajustes ou acordos entre as empresas componentes do cartel, que fixam preços artificialmente, por exemplo), condutas essas que acabam causando graves danos à coletividade, afetam o consumidor final e causam reflexos na economia.

Deste modo, podem ser observadas leis especiais que trouxeram a criminalização de condutas relacionadas a bens jurídicos supraindividuais, notadamente na década de 1990, a partir deste “dirigismo constitucional”: o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária), a Lei nº 8.176/91 (crimes contra a ordem econômica), a Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) e Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais) (BAPTISTA, 2016, p. 93).

¹² Em cumprimento ao referido mandado constitucional de criminalização, o legislador ordinário editou a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), parte da Lei nº 8.137/90 (criminalização da prática de cartel) e a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações Públicas), que abarcou a prática de cartel em licitações (ABADE, 2020, p. 62). Anote-se que a Lei nº 8.666/1993, na parte que regulava sobre os crimes e suas penas, foi revogada pela Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), que incluiu no Código Penal brasileiro os novos dispositivos sobre os crimes em licitações.

Com efeito, os crimes de sonegação fiscal, que consistem na supressão ou redução do pagamento de tributos (praticado muitas vezes por meio de fraudes em notas fiscais, podendo envolver a existência simulada de empresas, interpostas pessoas, conhecidas como “laranjas”, nas chamadas “fraudes fiscais estruturadas”), acabam fraudando a fiscalização tributária em prejuízo aos cofres públicos, sendo que tais quantias deveriam reverter em prestação de serviços públicos essenciais a toda população, que depende de políticas públicas.

Quanto aos crimes de consumo (que buscam a responsabilidade penal no âmbito dos interesses supraindividuais dos consumidores), imperativo observar a dificuldade de sua punição, diante de obstáculos como a sofisticação, mutabilidade e complexidade das práticas comerciais, motivo pelo qual o Direito Penal deve se adaptar à nova realidade (BENJAMIN, 1992, p. 115).

Ainda, cumpre mencionar a corrupção privada¹³, ainda não tipificada penalmente no ordenamento jurídico brasileiro¹⁴, mas que, apesar de não atingir diretamente as esferas patrimoniais e morais da Administração Pública, acaba afetando bens caros ao Estado Democrático de Direito - a economia, a livre concorrência, os direitos consumeristas – motivo pelo qual consubstancia-se em ofensa a bem jurídico supraindividual.

Nesse aspecto, importante observar que há uma equivocada compreensão do conteúdo da corrupção privada, diante dos graves reflexos e impactos coletivos que acaba gerando, o que acabou levando a um descaso do Poder Legislativo brasileiro, havendo, inclusive, um raso debate e pouco interesse acadêmico sobre o assunto – em que pese tratar-se de possível comando implícito de criminalização.

5 Considerações Finais

Como exposto nos tópicos anteriores, alguns bens jurídicos penais supraindividuais, devido à sua relevância para o Estado Democrático de Direito, tornaram-se objeto de mandados

¹³ “No Brasil, os únicos instrumentos punitivos da corrupção na esfera privada são a Lei 12.529, de 2011, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, seguindo os princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico; e a Lei 9.279, de 1996, que regulamenta a Propriedade Industrial e, inobstante tenha, em seu artigo 195, um rol de 14 tipos penais que constituem crimes de concorrência desleal, é dotada de questionável eficácia prática na qualidade de instrumento repressivo das condutas nela elencadas.” (CHAVES, 2013, p. 235).

¹⁴ Chaves (2013, p. 240) destaca certos documentos internacionais que incentivam a inserção do crime de corrupção privada, no ordenamento jurídico de seus signatários: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003 (“Convenção de Mérida”), assinada pelo Brasil em 09 de dezembro de 2003 e promulgada por meio do Decreto nº 5.687/2006, da qual o Brasil é país signatário; bem como a Convenção de Direito Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, de 1999.

expressos ou implícitos de criminalização, como no caso do meio ambiente (artigo 225, §3º, da Constituição Federal brasileira) e da ordem econômica, dentre outros.

Assim, apesar do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ser a única hipótese de explícita criminalização na Carta Magna, o legislador ordinário criminalizou condutas, a partir de comandos constitucionais implícitos, relacionadas a bens jurídicos transindividuais, tais como: crimes contra as relações de consumo, crimes contra a ordem tributária, crimes contra a ordem econômica e crimes contra o sistema financeiro.

Conclui-se, ainda, que o descumprimento dos mandados constitucionais de criminalização acaba ofendendo o princípio da proporcionalidade, no aspecto da proibição da proteção jurídica deficiente, motivo pelo qual o Direito Penal e sua dogmática devem aprimorar-se a fim de atualizarem seus instrumentos de combate à nova criminalidade.

Referências

ABADE, Denise Neves. **Bens jurídicos e direitos: repensando a competência penal nas infrações contra a livre-concorrência.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Thomson Reuters, vol. 172/2020, out 2020, p. 59-96.

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. **Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico.** Tese de mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2016.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo.** Efd. Paidós. Tradución Jorge Navarro. Barcelona, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **O direito penal do consumidor: capítulo do direito penal econômico.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Thomson Reuters, vol. 1/1992, jan-mar 1992, p. 103-129.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **A globalização e as transformações no Direito Penal.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23, julho-setembro de 1998, p. 97-109.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CHAVES, Anna Cecília Santos. **A Corrupção Privada no Brasil.** In: Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo: ESMP, v. 4, 2013.

COSTA, José de Faria. **O fenômeno da globalização e o direito penal econômico.** *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 34, abril-junho de 2001, p. 09-25.

CRUZ, Renne Müller. **Bens jurídicos penais difusos e coletivos.** Publicado em janeiro de 2019 no site <https://jus.com.br/artigos/71517>. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71517/bens-juridicos-penais-difusos-e-coletivos>. Acesso em: 18 mar. 2023.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.** Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DISSENHA, Rui Carlo. **Bem jurídico penal supraindividual e a obrigatoriedade de repressão.** Grupo de pesquisas Liberdades Públicas e Direito Econômico, do curso de Direito da Universidade Positivo, Curitiba/PR, p. 284-311.

DIX SILVA, Tadeu A. **Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença?** *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23, julho-setembro de 1998, p. 81-96.

FARIA, José Eduardo. **As transformações do Direito.** *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 6, n. 22, 1998.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”.** *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 9, n.33, 2001.

FISCHER, Douglas. **Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Globalização e Direito Penal.** *In:* Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUZ, Manoella. **Bem jurídico penal difuso e coletivo.** Tese de mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2010.

GUZELLA, Tathiana Laiz. **A expansão do direito penal e a sociedade de risco.** Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI; Florianópolis: CONPEDI, 2008, p. 3070-3092.

HOBBSAWM, Eric. **O novo século**. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

JORGE SILVEIRA, Renato Mello. **Direito Penal Supraindividual: Interesses Difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LYRA, Roberto. **Criminalidade Econômico-Financeira**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCrim, 2005.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. *In: Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo: ESMP, v. 5, p. 43-68, 2014.

MOURA, Evânio. Mandados de Criminalização e a Proteção Jurídica Insuficiente no Direito Penal Brasileiro. *In: PONTE, Antônio Carlos da (coord.); CASTRO, Wellington Clair de (org.). Mandados de criminalização e Novas Formas de Criminalidade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 81-113, 2017.

OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO Tiago Cintra e SAADDINIZ, Eduardo (Organizadores). **Direito Penal econômico, Estudos em Homenagem aos 75 anos do Prof. Klaus Tiedemann**. São Paulo: LiberArs, 2013.

PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida (org.); Hernandes, Luiz Eduardo Camargo Outeiro (org.). **Direito penal econômico**. São Paulo: JusPodivm, 2017.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PONTE, Antonio Carlos da (Coordenador); CASTRO, Wellington Clair de (Organizador). **Mandados de Criminalização e Novas Formas de Criminalidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____; AOKI, L. G. O. S. **Apontamentos sobre os movimentos de recodificação e consolidação do Direito Penal brasileiro**. Humanidades & Tecnologia em Revista (FINOM), v. 13, p. 100-123, 2018.

_____; FELICIO, G. L. **O Direito Penal a partir de um Estado Democrático de Direito: O legado da reforma penal brasileira de 1984 para a Constituição Federal de 1988**. Doutrinas Jurídicas, v. 1, p. 1, 2018.

_____; MARANGONI, Cíntia. **Mandados de Criminalização e o Enfrentamento à Criminalidade Organizada**. *In: PINTO JÚNIOR, Alceu de Oliveira (coord.); RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (coord.). Direito penal, processo penal e constituição I (organização CONPEDI)*; Florianópolis: CONPEDI, 2021, p. 159-178.

_____); MARANGONI, Cíntia. **Mandados de Criminalização, Tratados Internacionais e Enfrentamento à Corrupção.** In: FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (coord.); RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (coord.); CASTRO, Matheus Felipe de. Direito penal, processo penal e criminologia (organização CONPEDI); XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile; Florianópolis: CONPEDI, 2022, p. 223-243.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, nº 47, março-abril de 2004.

SILVA FRANCO, Alberto. **Globalização e Criminalidade dos Poderosos.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 8, n.31, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal.** 2ª ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A tutela penal dos interesses difusos.** In: Revista de Direito Ambiental, São Paulo: RT, vol. 27/2002, Jul-Set/2002.

SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. **Tutela penal coletiva e crime organizado.** In: Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, 2010, p. 85- 110.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens Jurídicos Coletivos: Proteção Penal, Fundamentos e Limites Constitucionais à Luz dos Mandados de Criminalização.** Curitiba: Juruá, 2015.

YACOBUCCI, Guillermo J. (coord). **El sentido de los principio penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal.** Ciudad de Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **Globalização e sistema penal na América Latina: a legislação brasileira em face do crime organizado.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 4, n. 13, jan-mar, 1997.