

A (im)possibilidade da tutela penal dos interesses difusos e coletivos: *Ultima ratio* e Direito Penal Mínimo ou a obrigatoriedade de promoção da defesa dos direitos coletivos

The (im)possibility of criminal protection of diffuse and collective interests: Ultima ratio and Minimum Criminal Law or the obligation to promote the defense of collective rights

PEDRO HENRIQUE FAGUNDES SILVA

Discente do curso de Direito (UNIPAM)

E-mail: fagundespedrohen@gmail.com

GILMAR MENEZES SILVA

Professor orientador (UNIPAM)

E-mail: gilmarbs@unipam.edu.br

Resumo: Objetiva-se, com este trabalho, discutir a respeito da possibilidade da tutela penal dos bens jurídicos coletivos e, se ela for possível, como é desenvolvida. Ademais, a pesquisa atenta-se para as críticas a essa tutela feita pelos defensores do direito penal mínimo, além dos argumentos favoráveis a essa proteção, daqueles que lançam mão da necessidade de se voltar os olhos para os modernos bens jurídicos penais. Utilizar-se-á o método dedutivo-bibliográfico.

Palavras-chave: Tutela penal coletiva. Direito penal mínimo. Direitos difusos e coletivos.

Abstract: The purpose of this work is to discuss the possibility of criminal protection of collective legal assets and, if possible, how it is developed. Furthermore, the research is attentive to the criticisms to this protection made by the defenders of the minimum criminal law, besides the arguments in favor of this protection, of those who make use of the need to turn their eyes to the modern criminal legal assets. The deductive-bibliographical method will be used.

Keywords: Collective criminal protection. Minimum criminal law. Diffuse and collective rights.

1 INTRODUÇÃO

A aludida pesquisa tem como propósito a discussão sobre a viabilidade da tutela coletiva de direitos e a defesa dos bens jurídicos coletivos na ótica do Direito Penal. Essa tutela se justifica pelo surgimento de direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) que necessitam de uma proteção especial. Notadamente, outros ramos como o Direito Civil e o Direito Administrativo possuem uma tutela coletiva eficiente e isso gera um debate acerca da necessidade ou não da intervenção

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

penal na tutela coletiva. Nesse sentido, nascem críticas a respeito dessa tutela violar vários princípios básicos do Direito Penal.

Esses novos interesses que surgiram nos tempos atuais não se enquadram na clássica classificação entre direitos públicos ou direitos privados, sendo os titulares desses direitos indeterminados. Neste sentido, surge a indagação por alguns autores de que o fato dos titulares serem indeterminados tornaria ilegítima a intervenção penal. Por outro lado, há pensamentos, tais como o de Gianpaolo Smanio, defendendo que o Direito Penal deve estar preparado para proteger esses novos interesses, rompendo com a ideia clássica do Direito Penal de proteger apenas direitos individuais.

Aqueles que defendem essa custódia do Direito Penal aos interesses difusos invocam condutas criminosas que, de alguma forma, atingem direitos que pertencem a uma coletividade, tais como a corrupção, o crime organizado, os crimes econômicos, os crimes ambientais, entre outros. Importante posicionamento que enriquece essa linha de pensamento, encabeçado por Gregório Assagra e Rafael de Oliveira Costa, é o de que os mecanismos utilizados pelo Ministério Público na tutela coletiva no âmbito cível e administrativo, como o inquérito civil, a ação civil pública, os termos de ajustamento de conduta, entre outros, poderiam ser utilizados no sistema penal coletivo. Além do mais, há doutrinadores que advogam a ideia do princípio da obrigatoriedade de promoção da defesa dos direitos coletivos, seja na esfera judicial, seja na defesa extrajudicial, para fundamentar como necessária essa interferência.

Partindo de outra ótica, daqueles que preservam o Direito Penal Mínimo, há a convicção de que o Direito Penal como *ultima ratio* deve apenas ser utilizado quando outros campos do direito não conseguem ser eficientes em sua proteção. Essa ideia pode ser visualizada através de vários diplomas que já protegem os interesses difusos, como o Código de Defesa do Consumidor, o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Improbidade Administrativa, dentre outros. Corroborando essa ideia, surgem várias teorias, tais como a do Direito de Intervenção de Winfried Hassemer, que trabalha com a ideia do Direito Administrativo Sancionador, que seria capaz de tutelar esses novos direitos, como também a teoria da segunda velocidade do Direito Penal, desenvolvida por Jesús-María Silva Sánchez. Por conseguinte, analisando as teorias, surge o problema principal: essa tutela penal coletiva seria deficiente e violaria princípios básicos do Direito Penal?

Por fim, buscou-se, nesta pesquisa, através do método dedutivo-bibliográfico, expor as críticas doutrinárias para a referida tutela, expondo os posicionamentos existentes a respeito, atentando-se sempre à relevância jurídica que se verifica na presente tese, levando em conta a crescente evolução dos Direitos Difusos. Além disso, a discussão se mostra necessária na medida em que os interesses coletivos se mostram cada vez mais importantes para a vida em sociedade, gerando reflexos no Direito Penal.

2 O DIREITO PENAL COMO REFLEXO DO MODELO DE ESTADO ADOTADO

A relevância existente de se entender e discutir uma atuação penal conforme o modelo de Estado adotado se revela na medida em que o Direito está intimamente ligado às diretrizes/orientações arquitetadas pelo pensamento estatal. A relevância é gritante se for feita a comparação entre os “direitos penais” de cada um dos modelos de Estado

(totalitário, liberal, social e democrático). Todas essas transformações estatais influenciam no modo de atuação do Direito Penal, a dizer que, em certos pontos, eles parecem ser antagônicos e irreconhecíveis. Nesse sentido, Batista (2004, p. 22-23) diz que “Há marcante congruência entre os fins do estado e os fins do direito penal”.

A legitimidade da intervenção penal também deve ser lembrada dentro desta discussão. O que legitima a atuação penal deve ser estudado, de forma que não se trate o Direito Penal como o único meio de controle social. Existem tanto métodos jurídicos (Direito Civil e Administrativo, por exemplo) como extrajurídicos (família, escola, dentre outros) para tanto, segundo Suxberguer (2006, p. 05). Isso tudo reflete na forma como é entendido o delito, levando a superar o conceito meramente formal (conduta proibida pela lei) e passando a entendê-lo de uma forma valorativa externa à lei. A falta de preocupação quanto à legitimação penal leva ao populismo, que atualmente conduz a uma intervenção penal simbólica, além de transformar o Direito Penal em *prima ratio* ao invés de *ultima ratio*. Em suma, a legitimação penal é extraída pela política criminal (meios e métodos, não necessariamente jurídicos, com que o Estado objetiva prevenir e reprimir as infrações penais) que, por conseguinte, busca reproduzir as ideias do modelo de Estado que as precede.

Nessa perspectiva, é possível dizer que, após a Constituição de 1988, o nosso ordenamento jurídico passou a ser entendido como um Estado Democrático de Direito, sob fortes influências de um neoconstitucionalismo, em que a Constituição se torna efetiva, implementando/concretizando efetivamente os direitos fundamentais.

Nesse diapasão, tanto a legitimidade quanto a aplicabilidade do Direito Penal levam em conta o modelo de Estado adotado. O Direito Penal deve se alinhar às diretrizes que são dispostas na Constituição, respeitando, além dos direitos e garantias fundamentais propostas em seu corpo, os seus princípios. Portanto, em um Estado Democrático de Direito, é possível entender o Direito Penal como um limitador do poder punitivo estatal (o famoso *ius puniendi*).

Por estabelecer seus parâmetros por meio de uma Constituição democrática, percebe-se, implicitamente, que a atuação penal deve encontrar consenso por intermédio do povo, pois dele procede todo o poder (Art. 1º, Parágrafo único, CF/88). Sendo assim, o Direito Penal está a serviço da sociedade.

O Estado Democrático pode ser entendido, segundo Andrade (2013, p. 14), como uma associação entre Estado Social e Estado Liberal. Obviamente essa relação reflete no Direito Penal, de maneira que, segundo a referida autora, a liberdade do cidadão é garantida não somente através da abstenção estatal, mas também por intermédio de uma prestação positiva do Estado.

Nessa lógica, o modelo de Estado adotado não só ajuda a entender como o Direito Penal se legitima, mas também a entender quais condutas são dignas de proteção penal.

A importância desse debate não se exaure apenas na discussão sobre qual a sua função atuante (condutas dignas de proteção penal), mas também na ideia de função da pena, segundo Suxberguer (2006, p. 22). O autor ensina que “Estado, direito penal, pena e delito guardam uma estrita relação de dependência”. Nesse sentido, indaga-se: o que o Direito Penal objetiva ao aplicar uma pena? As ideias do Estado Democrático também ganham forças nas funções da pena? Em suma, os reflexos de uma punição demonstram

a ideia por trás da atuação do Direito Penal (o modo como você pune mostra o que você quer), de modo que a pena deve observar os princípios contidos na Carta Magna (humanidade, intranscendência, individualização, dentre outros). Sendo assim, o modelo de Estado é o ponto de partida para se entender onde o Direito Penal atua, como atua e a que ele visa com essa atuação.

As características de uma atuação penal democrática podem ser visualizadas através de alguns de seus princípios basilares que, além de garantir os direitos individuais, não se esquecem de uma real proteção social. Podemos citar como exemplos o princípio da legalidade, princípio da proporcionalidade, princípio da irretroatividade da lei penal, princípio da presunção de inocência, princípio da humanidade (todos constitucionalmente previstos), princípio da intervenção mínima, princípio da lesividade, princípio da ofensividade, dentre outros.

2.1 BEM JURÍDICO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Por conta da existência de várias teorias que tentam explicá-lo, além de grande controvérsia na doutrina a respeito de seu conceito e como o objetivo deste trabalho não é debatê-lo, será tratado de forma mais objetiva e clara possível do que seria plausível de se entender como um bem jurídico, analisando a teoria constitucional, que atualmente é a que ganha mais força nesta discussão. Neste sentido, bem jurídico pode ser entendido como o objeto de proteção da norma jurídica (qual é o bem que o legislador almejou proteger com a criminalização dessa conduta?); é o valor por trás da norma jurídica penal. Usando como exemplo o crime de homicídio: quando o legislador buscou tipificar a conduta de matar alguém, ele buscou proteger a vida das pessoas, logo, o valor protegido pela norma é a vida. Assim sendo, o bem jurídico tutelado pelo tipo penal homicídio é a vida.

A teoria que melhor se encaixa com o propósito desse estudo é a teoria constitucional do bem jurídico. Em um Estado Democrático de Direito, o que se busca é a efetiva concretização dos direitos fundamentais. Portanto, nada mais justo do que buscar o que seriam os bens jurídicos imprescindíveis para uma vida em sociedade, ou seja, aqueles dignos de proteção penal, na própria Constituição. Sendo assim, para Turessi (2015, p. 86) “as concepções constitucionais de bem jurídico-penal conferem à Lei Maior de cada Estado condição paradigmática para a identificação de quais bens jurídicos são dignos de proteção pela norma penal”.

A teoria constitucional diz que o bem jurídico deve estar ligado aos valores e princípios contidas na Constituição. Por conseguinte, a escolha de bens jurídicos pautados na Constituição serve como um limite negativo à atuação legislativa, de modo que a criação de uma lei penal deve estar alinhada aos valores constitucionais, sendo vedado tipificar uma conduta que exterioriza um direito constitucionalmente previsto. Por ser um Estado Democrático, logo é possível perceber que o bem jurídico também deve ser socialmente compreendido como imprescindível, não sendo plausível proteger um bem que não possui importância alguma. Por fim, Prado (2019, p. 63-66), seguindo os ensinamentos de Rudolphi, leciona que, adotando os parâmetros constitucionais no bem jurídico, criam-se limites ao legislador, de modo que ele não seria livre para criar um novo bem jurídico usando um mero juízo de valor e que a mera definição clara de

um bem jurídico não é suficiente para sua legitimação, necessitando de que haja uma conduta que possa de modo concreto lesioná-lo ou colocá-lo em perigo (clara manifestação do princípio da lesividade).

Um dos grandes exemplos, senão o maior exemplo, de mandado de criminalização previsto na constituição é o art. 225, §3º, que trata como necessária a proteção penal do meio ambiente. Isso não quer dizer que todo e qualquer ato que viole o meio ambiente deve ser combatido através do Direito Penal. O referido autor ainda nos ensina que devemos olhar as condutas e os ilícitos de maneira proporcional, na medida em que não utilizemos a tutela penal de forma desproporcional ou de maneira que resulte em uma proteção deficiente.

Finalmente, é possível chegar às seguintes conclusões: o bem jurídico deve ser retirado da constituição, de sorte que serve como limite à atuação legislativa com juízo de valor; os bens jurídicos são valores imprescindíveis para uma vida em sociedade; a função do Direito Penal é salvaguardar bens jurídicos (BITENCOURT, 2018, p. 45); por fim, a tutela democrática dos bens jurídicos penais deve ser socialmente aceita.

2.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA OU *ULTIMA RATIO*

Em apertada síntese, o referido princípio preceitua que o Direito Penal deve ser empregado como um último recurso, ou seja, quando for extraordinariamente primordial. O que é possível compreender por trás dessa ideia e que já foi supramencionado nos tópicos anteriores, portanto, é que o Direito Penal se ocupa em tutelar apenas aqueles bens jurídicos vitais para uma vida em sociedade (o que nos faz regressar ao modo garantista do Direito Penal, limitando o poder punitivo do Estado, típico de um modelo democrático). Além disso, funciona como uma vedação ao hiperbolismo legislativo na esfera penal, já que uma grande quantidade de leis e tipos penais não é sinônimo de eficiência do meio utilizado. É o que defende, por exemplo, Prado (2019, p. 109), que explica que empregar sanções excessivamente não garante proteção ao bem jurídico, mas que na verdade torna a atuação penal um mero simbolismo. O seu surgimento regressa o estudo ao iluminismo, onde surge o movimento contra o absolutismo visando diminuir o caráter inflacionário das leis incriminadoras da época, de acordo com Batista (2004, p. 84). O autor ainda informa que posteriormente a sua positivação se dá na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 (art. VIII). Por fim, o mencionado princípio pode ser subdividido em outros dois subprincípios: Princípio da Subsidiariedade e Princípio da Fragmentariedade.

A subsidiariedade da intervenção mínima compreende o fato de que só cabe a interferência penal na defesa de bens jurídicos quando as outras áreas não foram eficientes na tutela, de sorte que não se mostra razoável aplicar um meio mais grave sendo que é possível atingir o mesmo resultado visado utilizando um outro meio mais moderado. Sendo assim, a atuação penal está condicionada ao insucesso das outras áreas do direito, o que enfatiza a ideia de *ultima ratio* e não de uma atuação penal *prima ratio*.

Já no que diz respeito à fragmentariedade, comungamos do mesmo entendimento de toda a doutrina penalista de que opera nesse princípio certa seletividade por parte da lei penal para escolher aqueles bens jurídicos dignos de sua

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

proteção. Vale ressaltar novamente a necessidade de que esse bem jurídico seja imprescindível para a vida em sociedade, sendo considerado por ela um dos mais importantes. Isso é o que Prado (2019, p. 110-111) ensina:

Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente. Isso quer dizer que o Direito Penal só se refere a uma pequena parte do sancionado pelo ordenamento jurídico, sua tutela se apresenta de maneira fragmentada, dividida ou fracionada.

É importante também salientar que o referido princípio atua para descriminalizar algo que antes era objeto do Direito Penal, ou seja, serve como parâmetro descriminalizante de condutas. É o que diz Masson (2017, p. 54), ao expor que o princípio pode ser usado “ao contrário” (fragmentariedade às avessas) em momentos em que é possível perceber que um bem jurídico penal não mais necessita de proteção, por ser possível sua tutela por outro ramo do Direito. Sendo assim, o Direito Penal perde o interesse neste bem, que antes era de vital importância proteger. O autor nos dá o exemplo do antigo crime de adultério, anteriormente previsto no art. 240 do Código Penal, que foi descriminalizado pela Lei 11.106/05, mas que continua sendo um ilícito no Direito Civil. Isso pode ocorrer, de acordo com Greco (2013, p. 49), pelo fato de que pela “evolução da sociedade, já podem ser satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico”.

2.2.1 O Direito Penal Mínimo

O Direito Penal Mínimo, em breve resumo, sustenta que o Direito Penal deve se policiar para interferir o mínimo possível na vida e na liberdade dos indivíduos, visando à mínima edição de leis em matéria penal, segundo Cosate (2015, p. 61). Aliado à teoria do Direito de Intervenção, o Direito Penal Mínimo é utilizado, por alguns doutrinadores, para fundamentar a impossibilidade da tutela penal dos interesses coletivos.

A intervenção mínima, como já estudado, faz-se necessária para garantir uma proteção suficiente aos bens jurídicos imprescindíveis (fragmentariedade) e uma não interferência penal em bens jurídicos que são alvo de tutela por outros ramos (subsidiariedade). Logo, partindo da ideia de uma proporcionalidade, não é porque existem mandados de criminalização expressos na Constituição (como o meio ambiente tutelado no art. 225) que o Direito Penal deve tutelar toda e qualquer ofensa ao referido bem jurídico. Na verdade, devemos primeiramente partir do pressuposto da *ultima ratio*, observando no caso concreto se não é possível a aplicação de uma tutela de outro ramo do Direito. Aqui o que se visa coibir é o famoso fenômeno da expansão do Direito Penal, causado pela sociedade de risco, onde surgiram modernos bens jurídicos, como dever de proteção penal, sem nenhum prévio juízo de proporcionalidade. Sendo assim, se é possível percebermos que existem outros diplomas normativos que visam proteger os interesses transindividuais e essa proteção se mostra de maneira eficiente, não é justificável que se utilize o sistema penal nesse campo. Podemos citar como exemplo a

Ação Civil Pública, que já prevê a reparação de danos morais ou patrimoniais ao meio ambiente, consumidor, infrações na ordem econômica, dentre outros.

Os defensores da ideia de impossibilidade de tutela penal dos bens coletivos sustentam que o Direito Penal deve se limitar às ofensas individuais. Essa teoria tem como defensores Winfried Hassemer e a Escola de Frankfurt. Eles sustentam que as condutas criminais modernas, atualmente tuteladas por um Direito Penal Moderno, devem ser tuteladas por outros campos, como o Direito Administrativo. O Direito Penal Moderno pode ser entendido, nas lições de Viana (2019, p. 463) como a intervenção “em âmbitos que não eram objeto de regulação penal [...] levando-se em consideração as particularidades e os novos modelos de criminalidade”. Portanto, está cabendo ao Direito Penal Moderno tutelar esses novos bens jurídicos coletivos, nascendo aqui a crítica quanto a essa atuação.

Um dos argumentos da Escola de Frankfurt para a não intervenção penal é a de que a ingerência do Direito Penal nesse campo não é de maneira eficaz, tornando-se inócua a sua atuação. Um dos motivos seria pela própria indeterminação da lesão ao bem e de seus titulares, sendo esta uma das características dos bens jurídicos coletivos (a sua imprecisão), o que, de acordo com eles, faria com que se rompesse com a ideia central do bem jurídico. Esse grande problema enseja a vasta tipificação dos crimes de perigo abstrato, que não necessitam de uma conduta que viole um bem jurídico, mas unicamente um comportamento, provocando uma flagrante ofensa ao princípio da ofensividade/lesividade. Portanto, o objetivo dessa escola seria o de criar um núcleo no Direito Penal, pois essa ideia de expansionismo violaria a ideia de um Direito Penal Mínimo.

Ademais, outra crítica que se faz ao Direito Penal Moderno e que merece menção é quanto a sua acessoriedade administrativa. Cosate (2015, p. 101-102) nos explica que essa é uma técnica muito utilizada nos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98). Segundo a autora essa acessoriedade pode se dar de três formas: acessoriedade administrativa conceitual, em que o tipo penal abrange conceitos administrativos, a exemplo dos arts. 38 e 39 da referida lei; acessoriedade administrativa ao direito administrativo, que seria a norma penal em branco, em que a norma penal encontraria sua complementação em uma norma administrativa. A autora dá o exemplo do art. 29, §4º, I da lei supramencionada, no qual ela encontra sua complementação na Portaria 1.522/89 do IBAMA; enfim, a acessoriedade administrativa ao ato administrativo, em que a norma penal faz uma referência ao ato administrativo, de modo que, para se configurar o delito, é preciso que o agente tenha agido sem uma prévia autorização, a exemplo do art. 30 da lei na qual se faz necessária a atuação sem a devida permissão.

Isto posto, a crítica quanto a essa acessoriedade se faz no sentido de que o Direito Penal não seria independente, sempre necessitando da complementação do Direito Administrativo quanto à extensão do dano. Por fim, a Escola de Frankfurt entendia que caberia ao Direito Penal unicamente a proteção dos bens jurídicos individuais, de maneira que a proteção dos bens jurídicos coletivos deveriam ser transferidos para outros ramos do Direito (cível e/ou administrativo).

Outro mecanismo que pode nos dar amparo para a aplicação do Direito Penal Mínimo provém de uma interessante tese usada por José Lourenço, que diz respeito a teoria da derrotabilidade. A teoria pode ser entendida, em resumo, como a não

observância da norma em face de alguma exceção no caso concreto (RAASCH, 2020, p. 216). De outro modo, Lourenço (2017, p. 146) defende que a utilização da teoria no Direito Penal "busca da proteção de bens jurídicos fundamentais do homem, de caráter humano, afastando determinadas regras, ou melhor, leis, que foram mal elaboradas, ou então devem receber nova apreciação diante de determinado caso concreto". O referido autor ainda sustenta que essa teoria pode ser visualizada através de várias decisões judiciais que não aplicaram a lei, mesmo quando o fato guardava consigo perfeita consonância (a conduta se amolda à norma penal), aplicando em seu lugar um princípio, mostrando-se mais razoável a sua utilização em contrapartida à própria lei. Por exemplo, o princípio da insignificância combinado com o da lesividade afasta a aplicação do art. 155 do Código Penal quando a conduta não mostra nenhuma lesividade razoável ao patrimônio de outro. Logo, para o autor, essas práticas judiciais seriam um grande exemplo da utilização da teoria da derrotabilidade.

Seguindo a ideia dessa tese, é possível perceber que, mesmo diante de uma norma positivada, seria possível a sua não aplicação quando, no caso concreto, fosse melhor o seu afastamento. Partindo desse pensamento, seria totalmente praticável deixar de aplicar uma norma penal sendo que seria possível, no caso concreto, empregar um princípio a uma conduta que teria causado uma violação a um bem jurídico coletivo. Utilizando-se do mesmo princípio da insignificância, só que agora em diferentes bens jurídicos, por exemplo nos crimes ambientais quando a conduta não tiver uma grande potencialidade lesiva ao meio ambiente ou nos crimes econômicos quando a vantagem econômica auferida for de valor irrisório¹, ou até mesmo o princípio da legalidade frente a essa deslegalização do Direito Penal quanto a sua complementação pelo Direito Administrativo. Portanto, seria totalmente cabível a utilização desse princípio para afastar a aplicação de uma norma que foi mal elaborada e que não necessita de uma proteção penal, sendo que outro ramo poderia tutelar (como a responsabilidade civil do agente causador do dano ambiental irrisório no âmbito cível). Sendo assim, outro ramo do ordenamento jurídico poderia resolver este problema sem necessitar de uma interferência penal, não ocasionando, porém, em uma impunidade do agente, resultando ou em uma sanção administrativa ou em uma imposição de reparação do dano.

2.2.2 O Direito de Intervenção e a segunda velocidade do Direito Penal

Como já foi anteriormente citado, a teoria do Direito de Intervenção foi desenvolvida por Hassemer, com o intuito de retirar da tutela penal a proteção dos interesses coletivos transferindo-a para outro ramo, o que ensejaria a criação de um Direito Administrativo Sancionador. A ideia do autor seria a de realocar certos ilícitos penais para esse novo ramo, que estaria entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, reafirmando a ideia de uma intervenção mínima. O fundamento utilizado por ele seria de que esses ilícitos não seriam efetivamente tutelados pelo Direito Penal, pois haveria penas mais brandas, além de não serem suficientes as sanções administrativas, sendo necessária a transferência para outro ramo que alcançaria efetiva tutela dos bens

¹ Nesse sentido: STF, Inq. 3788/DF, Segunda Turma, DJe 14/06/2016 e STJ, REsp 1.409.051/SC, Sexta Turma, DJe 28/04/2017.

jurídicos coletivos. O objetivo dessa teoria seria a de manter o núcleo característico do Direito Penal (vida, patrimônio, integridade física, entre outros), afastando a incidência penal nas condutas de perigo abstrato, a responsabilização dos entes coletivos (principalmente nas áreas do Direito Ambiental e Econômico) e a proteção dos bens jurídicos supraindividuais.

A nova área criada teria uma mistura de normas sancionadoras de diferentes ramos do ordenamento jurídico, incluindo normas penais, civis, administrativas e tributárias (MENTOR, 2016, p. 85). As regras processuais seriam mais brandas, tendo uma maior flexibilização dos direitos do acusado. Por outro lado, não seriam aplicadas penas privativas de liberdade, mas penas restritivas de direitos, pena de multa, pena de reparação dos danos causados e rígidas sanções econômicas à pessoa jurídica. Além disso, ele se caracterizaria por ser um ramo preventivo (atuaria para evitar o ilícito) e não repressivo (atua após o ilícito), como é o Direito Penal.

Outra teoria que caminha nesse sentido é a da segunda velocidade do Direito Penal, criada por Jesús-María Silva Sánchez. A teoria das velocidades do Direito Penal, desenvolvida pelo autor, leva em consideração o tempo em que o Estado demora para punir o acusado tendo em mente a gravidade da infração penal, de acordo com Cunha (2018, p. 42). A segunda velocidade preceitua que há uma relativização dos direitos e garantias do acusado com aplicação de penas não privativas de liberdade. Essa teoria, juntamente com a de Hassemer, visa manter em equilíbrio o Direito Penal Clássico e a proteção de bens transindividuais. A teoria diverge da de Hassemer no sentido de que Jesús-María não afasta do Direito Penal as novas condutas, mas ele cria dentro do Direito Penal duas categorias que diferem na forma de punição, que seriam as duas velocidades do Direito Penal. Na primeira velocidade, estariam concentrados os bens jurídicos do Direito Penal clássico (vida, propriedade, integridade física, dentre outros), em que o processo seria mais lento, observando todos os direitos e garantias do acusado, mas, por outro lado, seriam aplicadas penas privativas de liberdade. Já a segunda velocidade, como já foi supramencionado, haveria uma punição célere e aplicação de penas restritivas de direitos (aqui estaria a proteção dos interesses coletivos). O autor justifica essa manutenção das condutas no Direito Penal pelo fato de que a norma penal seria mais eficiente do que uma norma de natureza administrativa, gerando um maior temor por parte da sociedade em praticar determinadas condutas. Por fim, Mentor (2016, p. 92) nos explica, em resumo, que esse “direito penal passaria a ser um gênero do qual seriam espécies o direito penal de primeira velocidade e o direito penal de segunda velocidade”.

Embora tenham o mesmo objetivo, as duas teorias, de Hassemer e Jesús-María, diferem em certos pontos, mas a ideia central é de que ambos são contra a ideia de expansionismo penal e que, por si só, com suas regras clássicas, o Direito Penal não seria apto a tutelar essas novas modalidades de delitos. Portanto, seria necessária ou a criação de um novo Direito Penal ou a criação de outro ramo que seria capaz de tutelar esses novos interesses.

3 OS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

Os direitos difusos e coletivos estão previstos no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente no Capítulo I, dos Direitos e Deveres

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

Individuais e Coletivos. Esses direitos compõem o rol do art. 5º da Constituição Federal, existindo também a previsão dessas garantias em outros artigos, como o já mencionado art. 225, que trata do Meio Ambiente, e o art. 129, III, que trata da função do Ministério Público de promover a proteção dos interesses difusos e coletivos. Nos dizeres de Assagra e Costa (2019, p. 102), por se tratarem de direitos e garantias fundamentais, devem ser interpretados extensivamente e nunca restritivamente, de modo que os considerem como cláusula pétrea (art. 60, §4º, CF).

Esses interesses derivam da terceira dimensão dos direitos fundamentais que, em síntese, sustentam direitos que não são individuais nem sociais, mas sim coletivos, ou seja, são direitos que não se limitam a apenas uma pessoa e, quando violados, atingem a todos. A ideia central seria a fraternidade e a solidariedade.

Esses novos direitos não se enquadram na clássica classificação entre Direito Público e Direito Privado. Existem críticas a respeito dessa *summa divisio*, por ser ultrapassada. Seguindo Smanio (2000, p. 17), “a rígida divisão entre público e privado, era compreensível numa era em que os únicos polos existentes eram o indivíduo e o Estado”.

Tais interesses surgiram após várias transformações culturais e econômicas na sociedade. Essas transformações foram verdadeiros fenômenos sociais, causados pelas sociedades de massa. Sendo assim, houve grandes impactos também nas relações jurídicas. Por conseguinte, perceberam que as normas então vigentes não eram capazes de solucionar essas novas relações, pois a legislação era toda pautada nos interesses individuais.

Essa mudança dos panoramas sociais e jurídicos teve início, como nos explica Del Gaizo (2004, p. 23), depois da segunda grande guerra, em que o cenário mundial muda completamente a partir de um crescimento econômico e social, ligado a uma maior preocupação com a dignidade da pessoa humana. Podemos citar como exemplo o crescimento da urbanização que causou reflexões no desenvolvimento social e econômico. Nesse período, surgiu o modelo de Estado Social, em que há uma interferência mais intensa do Estado na sociedade visando diminuir as desigualdades, tendo como foco a igualdade entre os cidadãos. Com a adoção desse modelo de Estado, que estava mais preocupado com o coletivo do que com as garantias individuais surge a proteção dos direitos difusos. O surgimento justifica-se, portanto, por vários problemas que não conseguiriam ser solucionados pelo sistema jurídico então vigente, devido à manifestação de novos direitos.

A partir de uma economia e uma urbanização crescente, começaram a surgir novos conflitos, como os consumeristas entre os consumidores e multinacionais, devida à sociedade de massa e a crescente onda do consumismo, os problemas ambientais ocasionados pela exploração de seus recursos, dentre outros. Diante de todos esses acontecimentos, surge, nas lições de Smanio (2000, p. 23), “uma conflituosidade de massa, que acentua o caráter supra-individual dos conflitos de interesses que passaram a existir”.

Os direitos coletivos abrangem o estudo dos direitos difusos, dos direitos coletivos em sentido estrito e dos direitos individuais homogêneos. O conceito de cada uma dessas categorias está estampado nos três incisos do art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Os interesses difusos e coletivos são classificados pela doutrina como essencialmente coletivos, enquanto os interesses individuais homogêneos são classificados como acidentalmente coletivos.

Os direitos difusos encontram seu conceito no inciso primeiro do parágrafo único, do art. 81 do CDC, que o definiu como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Desse conceito podemos entender que os interesses difusos são os mais abrangentes de sua categoria, haja vista ter como titulares a sociedade como um todo, portanto, são pessoas indeterminadas. Um grande exemplo de direito difuso é o meio ambiente, que pertence a todos indistintamente.

O conceito dos direitos coletivos está previsto no mesmo artigo, mas no seu segundo inciso. De acordo com a lei consumerista, os direitos coletivos são “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Assim sendo, podem ser entendidos como aqueles direitos que pertencem a um grupo determinado, ou seja, podem ser definidos ou marcados, pois existe uma relação jurídica que dá sustentáculo a essa determinação.

Por fim, temos os interesses individuais homogêneos, os acidentalmente coletivos, que, de acordo com o inciso terceiro do art. 81, são “entendidos os decorrentes de origem comum”. São aqueles que, embora sejam individuais, possuem uma origem comum. De todos os interesses transindividuais o individual homogêneo possui o conceito mais simples. Sendo assim, Borba (2008, p. 59) nos explica muito bem o que seriam esses direitos:

São interesses privativos que podem ser exercidos individualmente por meio da ação individual respectiva, mas, pela origem e natureza do conflito, adquirem dimensão coletiva. Caracterizam-se por situações jurídico-subjetivas que permitem aos titulares se unirem para fortalecer suas posições.

Consoante o inciso terceiro do art. 81, são “entendidos os decorrentes de origem comum”. São aqueles que, embora sejam individuais, possuem uma origem comum. De todos os interesses transindividuais o individual homogêneo possui o conceito mais simples.

3.1 EVOLUÇÃO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS – AS DIMENSÕES

A ideia central dos direitos fundamentais é a garantia da dignidade da pessoa humana. A partir de um Estado Democrático de Direito a positivação dessas garantias em uma Constituição (que passa a ter uma elevada força normativa no ordenamento jurídico) faz-se necessário para a sua proteção, considerando que na Lei Maior estão previstos os valores mais caros de uma sociedade. Sendo assim, por representarem o cerne da dignidade da pessoa humana e por serem considerados os valores mais estimados de uma coletividade, seu resguardo deve estar no mais alto lugar da hierarquia jurídica.

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

Nesse Sentido, Branco (2017, p. 134) nos ensina que os direitos fundamentais ganharam mais força na sociedade a partir do momento em que se inverte o entendimento então existente e passa a perceber que o cidadão possui, em primeiro lugar, direitos e depois deveres perante o Estado, sendo que o objetivo estatal seria o de salvaguardar os interesses dos indivíduos.

A preservação se justificou cada vez mais a partir do movimento constitucionalista no século XXI chamado Neoconstitucionalismo, que em apertada síntese visa dar uma maior concretização à Constituição, de modo que ela deixe de ser apenas um texto e passe a ser mais efetiva. Essa efetivação da Lei Maior se dá ainda mais em sede de direitos fundamentais.

A doutrina costuma classificar a evolução dos direitos fundamentais em dimensões, de modo que uma nunca exclua a outra. Atualmente existem cinco dimensões, sendo a quinta ainda objeto de discussões entre os autores. Para a presente pesquisa analisaremos apenas as três primeiras, que são as mais importantes.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais surge no século XVIII após a adoção de um Estado de Direito, em contrapartida ao Estado Totalitário que até então era o vigente. Nessa dimensão, manifesta-se uma possibilidade maior de liberdade do indivíduo frente ao Estado, sendo caracterizada, portanto, por uma não intervenção, de sorte que sejam garantidos seus direitos políticos e civis, ou seja, os direitos indispensáveis ao indivíduo. Em resumo, nessa dimensão há a ausência do Estado na vida pessoal dos cidadãos, de forma que o indivíduo possa gozar de suas liberdades individuais sem interferência alguma.

Já a segunda dimensão nasce no século seguinte, tendo como principal função reparar as desigualdades sociais ocasionadas pelos direitos de primeira dimensão. Se por um lado o absentismo estatal deu liberdade ao povo, de modo que os direitos levavam em consideração o homem individualmente considerado, eles também levaram a sociedade a péssimas condições sociais. Lenza (2018, p. 1175) nos lembra de que “em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista, na Inglaterra, e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social”. Portanto, os direitos de primeira dimensão ocasionaram um grande abismo entre os ricos e os pobres, de maneira que a não intervenção do Estado deixou várias pessoas desamparadas. O excesso de liberdade se tornou um problema, provocando o Estado a refletir a respeito de sua posição frente à sociedade e revise seus conceitos. Desse modo, era necessária uma posição ativa do Poder Público, caracterizando, assim, essa dimensão: uma atuação positiva do Estado para estabelecer uma igualdade entre os cidadãos. Aqui ganha força, portanto, os direitos sociais que estão previstos no art. 6º da Constituição. Podemos citar como exemplos de direitos sociais a educação, a habitação, a saúde, o trabalho, a segurança, entre outros.

Por fim, a dimensão que mais nos interessa, a terceira. Essa dimensão, como foi citado no tópico anterior, nasce após uma crescente evolução da sociedade e também pela sociedade de massa (econômico e social), de modo que os conflitos e as relações jurídicas também evoluíram. Nesse sentido, surgiram novos direitos que não se enquadravam nem nos direitos sociais, nem nos direitos individuais. Por conseguinte, perceberam que o ordenamento jurídico então vigente, de certo modo repleto apenas de

normas de caráter individual ou social, não era capaz de tutelar esses novos conflitos, necessitando de novas regulamentações. Esses direitos são considerados transindividuais, ou seja, transcendem a titularidade de uma única pessoa, são direitos que estão ligados ao ser humano. Portanto, sua titularidade é difusa, em regra, a transgressão a esses direitos atingem a todos. Podemos citar, como exemplo dessas garantias, a paz, o meio ambiente, uma ordem econômica organizada, o desenvolvimento da sociedade, os direitos consumeristas, o patrimônio artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, público e social, dentre outros. Um rol meramente exemplificativo pode ser visualizado no art. 1º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Aqui o axioma buscado com esses novos interesses não é a liberdade ou a igualdade, mas sim a fraternidade.

É sempre importante lembrarmos que uma dimensão não exclui a outra, de modo que os direitos são cumulativos. Branco (2018, p. 136) ainda nos lembra de que o surgimento desses novos direitos podem ser apenas “os antigos adaptados às novas exigências do momento”. Isso fortalece a ideia de dimensões e do contexto histórico dos direitos fundamentais, tendo em vista que cada dimensão surgiu em épocas diferentes, nos mostrando que cada uma surgiu no contexto em que era o que a sociedade naquele momento precisava.

3.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

Interessante princípio discutido pela doutrina diz respeito à ideia de obrigatoriedade de defesa dos direitos transindividuais, não a todos os legitimados, mas apenas pelo Ministério Público, conforme disposição constitucional (art. 129, III, CF). Os adeptos desse princípio defendem que existe a obrigação de promoção da ação coletiva cabível para a tutela desses interesses. Atualmente prevalece a ideia de que o Ministério Público poderá atingir essa proteção da defesa dessas garantias, tanto na esfera judicial, quanto na extrajudicial (NEVES, 2020, p. 151).

Esse princípio já pode nos dar uma ideia de necessária defesa dos direitos difusos e coletivos. Como citado em tópico próprio, os direitos fundamentais devem ter uma interpretação extensiva, de modo que não seja restringida à sua aplicação (não de forma eterna, obviamente, pois não é um direito absoluto). Sendo assim, por ser um direito fundamental, a proteção dessas garantias deve ser alvo dos mais variados ramos dentro do direito, abrangendo as várias espécies de ações coletivas (ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação de improbidade administrativa, entre outras).

Corroborando a ideia de obrigatoriedade de promoção da defesa desses direitos, no mesmo dispositivo constitucional, temos a ideia de titularidade da ação penal pelo Ministério Público (art. 129, I, CF). Portanto, é possível perceber que, pelo dever institucional, o órgão ministerial poderia inclusive se utilizar de uma tutela penal para a proteção desses direitos.

Embora existam críticas lançadas pelos defensores do Direito Penal mínimo, a posição majoritária é a de que o Direito Penal é legítimo para tutelar esses modernos

bens jurídicos, sobretudo por conta da evolução da sociedade e pelas novas modalidades de crimes que vão além daqueles estudados pelo clássico Direito Penal.

4 A TUTELA PENAL COLETIVA

Passados todos os aspectos que fundamentam tanto a oposição da possibilidade, quanto a simpatia por uma viabilidade de tutela penal coletiva, será feita a análise de como essa proteção penal é desempenhada.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a titularidade do bem jurídico coletivo protegido penalmente, como dito anteriormente, possui certo grau de imprecisão. Sendo assim, seus titulares são pessoas indetermináveis ou de difícil determinação.

A tutela penal explícita desses bens coletivos surge, em nosso ordenamento, após a Constituição de 1988 consagrar, diferentemente das outras anteriores, várias normas destinadas à proteção dos bens coletivos. A menção expressa a essa tutela penal é chamada de mandado de criminalização, como os arts. 225, §3º e 173, §5º, ambos da Constituição Federal. Em breve resumo, esses mandados seriam uma obrigação ao legislador ordinário de criminalizar certas condutas. Por essas razões, a doutrina majoritária entende ser indispensável a tutela penal dos bens jurídicos coletivos, embora essa tutela seja alvo de críticas, que serão destacadas. Nesse sentido, Kind (2019, p. 49) alerta que, na sociedade contemporânea, esses bens jurídicos modernos clamam por intervenção penal.

Frequentemente, as condutas violadoras de bens jurídicos coletivos são geradoras de danos em larga escala, sendo superiores aos crimes tidos como individuais. Essas novas modalidades criminosas surgem em uma sociedade de risco, onde a conduta humana apresenta sérios perigos à própria coletividade devido ao desenvolvimento tecnológico e industrial. Esse é um dos fundamentos para se demonstrar a relevância da atual proteção penal destes interesses. Nesse seguimento, Freitas (2015, p. 175) explica:

A expansão do direito penal, seja pela introdução de novos tipos dirigidos à tutela de bens que tradicionalmente eram objeto do direito administrativo, seja pelo agravamento das penas cominadas aos tipos anteriormente existentes, passou a ser um dado incontestável da atualidade, quando já se fala na construção de um novo modelo de direito penal, um direito penal moderno, construído a partir do paradigma do risco, em oposição a um direito penal 'clássico', próprio do Estado liberal, quando foram cunhados os limites ao exercício do poder punitivo estatal.

Hodiernamente, no nosso ordenamento jurídico, podemos citar como exemplo de interesses transindividuais tutelados pelo Direito Penal: a saúde pública (crimes contra a incolumidade pública – Código Penal; crime de tráfico de drogas – Lei 11.343/06), o meio ambiente (Lei 9.605/98), a ordem econômica (Lei 1.521/51 – crimes contra a economia popular; Lei 7.134/83 - aplicação ilegal de créditos; Lei 7.492/86 – crimes contra o sistema financeiro nacional; Lei 8.078/90 – CDC; Lei 8.137/90 - crimes contra ordem tributária e contra as relações de consumo e ordem econômica; Lei 8.176/91 – adulteração de combustíveis; Lei 9.279/96 – crimes contra a propriedade imaterial; Lei

9.613/98 – crime de lavagem de capitais), a administração pública (crimes contra a administração pública – Código Penal), a paz pública (crimes contra a paz pública – Código Penal; crimes contra a segurança nacional – Lei 7.170/83; crime de genocídio – Lei 2.889/56), dentre vários outros.

Como o estudo requer muito espaço e debate, será feita a análise de apenas dois bens jurídicos coletivos que chamam mais a atenção: meio ambiente e ordem econômica.

4.1 MEIO AMBIENTE

As infrações penais contra o meio ambiente estão disciplinadas pela Lei 9.605/98, em observância ao art. 225, §3º, CF (trata-se de norma de eficácia limitada). Os crimes estão dispostos no Capítulo V da referida lei.

Através do mandado de criminalização supramencionado, o Poder Constituinte Originário entendeu a necessidade de proteção desse bem jurídico. Sirvinskas (2018, p. 895), nesse sentido, explica:

O meio ambiente não tem pátria. Ele é de cada um, individualmente, e, ao mesmo tempo, de todos. Sua proteção não deve restringir-se a uma ou a várias pessoas de um mesmo país, mas, sim, a todos os países. [...] Por esse motivo é que a tutela penal do meio ambiente passa a ser tão importante, pois o bem jurídico protegido é mais amplo do que o bem protegido em outros delitos penais.

A tutela penal do meio ambiente possui nítido caráter preventivo, por conta que a lesão ao meio ambiente causa, muitas das vezes, danos irreparáveis. Nesse sentido, vale ressaltar que um dos princípios base do Direito Ambiental é o princípio da prevenção, que, em apertada síntese, transmite a ideia de constante vigilância para se evitar a degradação ambiental.

A partir da expansão do Direito Penal, é inegável que a defesa penal do meio ambiente se torna estritamente necessária, na medida em que a obrigatoriedade de sua proteção está expressamente estampada na Constituição. Entretanto, críticas se fazem a essa proteção conforme pontua Cosate (2015, p. 108-109) com os ensinamentos de André Copetti e Lenio Streck (2007, p. 3):

[...] após analisarem e compararem o preceito primário e secundário de algumas leis penais extravagantes, relativas ao bem jurídico transindividual e individual, constataram uma 'hegemonia da matriz-liberal individualista, uma vez que ainda permanece a maior gravidade da punibilidade dos delitos que violam bens individuais.

Sendo assim, percebe-se que a proteção ambiental possui uma nítida violação ao princípio da proporcionalidade, no que tange à proteção deficiente.

Por fim, vale ressaltar outra crítica a essa tutela penal no que diz respeito à sua assessoriedade administrativa. Falavigno (2020, p. 67) diz:

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

A assessoriedade administrativa em matéria ambiental pode se dar de três formas: por meio de complementação conceitual, normativa e de por ato concreto. A primeira se dá pelo uso, na norma penal, de definições constantes em regulamentos administrativos. A segunda, como já referido neste livro, quando a norma penal está redigida de forma incompleta, necessitando de norma administrativa geral para ter significado completo. Já no último caso, ocorre a referência, na norma penal, de ato administrativo completo, que passa a integrar o tipo, como no caso de conduta que se torna criminosa por ser praticada sem a devida licença ou permissão.

A autora ainda cita a quantidade de dispositivos da referida lei que são normas penais em branco que necessitam, a todo momento, de complementação, ferindo, dessa forma, o princípio da legalidade, sobretudo na taxatividade. Percebe-se que a complementação das normas, quase que na totalidade das vezes, são de natureza administrativa (Direito Penal não pode ser um mero instrumento de defesa do sistema administrativo). Portanto, é possível perceber que, nesse campo, predomina uma constante necessidade de complementação administrativa (excesso de normas penais em branco), de modo que ocorre uma deslegalização do Direito Penal.

4.2 ORDEM ECONÔMICA

A necessidade da tutela penal da ordem econômica nasce, segundo Gonçalves (2017, p. 73), desde o momento em que o Estado percebe que um mercado autorregulável não era eficaz para alcançar a plenitude de realização humana. Por essa razão, o Direito Penal Econômico tutela bens jurídicos coletivos (ordem econômica equilibrada é um direito de todos), pois suas vítimas não são pessoas individuais, mas sim, a coletividade. Nesse sentido, Neves (2020, p. 70) aponta:

Desde a Lei 8.884/1994, era pacífico na doutrina que a defesa da ordem econômica e da economia popular tinha natureza difusa, considerando que tais bens jurídicos são de titularidade da coletividade, entendimento mantido pela doutrina perante a nova ordem legislativa.

Assim como ocorre com o Direito Ambiental, há mandado de criminalização expresso na Constituição, qual seja o art. 173, §5º, CF, que trata da responsabilização da pessoa jurídica contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular.

Hodiernamente, a legislação do Direito Penal Econômico é vasta, possuindo várias leis esparsas que tutelam diferentes áreas desse sub-ramo. Podemos citar como exemplo a Lei 7.492 (crimes contra o sistema financeiro nacional), Lei 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária), Lei 9.613/98 (crimes de lavagem de dinheiro), Lei 1.521/51 (crimes contra a economia popular), Lei 12.529/11 (defesa da ordem econômica), dentre outros. Entretanto, há críticas no sentido de que o Código Penal é omissivo em não dedicar nenhuma fração a essa criminalidade econômica.

Esse tipo de infração, segundo Viana (2019, p. 200), representa a criminalidade de cifra dourada, por serem crimes de “colarinho branco”, ou seja, aqueles praticados por quem possui vasto poder econômico e/ou político.

No bojo da criminalidade econômica, nasce a teoria do Direito Administrativo Sancionador, que nas lições de Mentor (2016, p. 102) seria

[...] um conjunto de regras e sanções destinadas a tutelar alguns bens jurídicos que não se amoldariam à tutela penal, uma vez que representariam incompatibilidades técnicas com a teoria clássica do delito; seriam exemplos as infrações supra individuais, os bens jurídicos coletivos e a responsabilização de atos praticados por pessoas jurídicas, o que não seria compatível com as ideias de *ultima ratio*, de subsidiariedade, de fragmentariedade, de lesividade, de imputação individual e de responsabilização subjetiva.

Embora a teoria de Hassemer seja aplicável a todos os bens jurídicos coletivos, é no direito econômico que o autor dedica maior atenção. Segundo a teoria do Direito de Intervenção, haveria uma junção de vários campos do direito (penal, civil, administrativo, tributário, entre outros) que seriam mais eficientes na tutela desse bem jurídico coletivo, além de proporcionar uma melhor solução na resolução de crimes praticados por, e através das, pessoas jurídicas, que ainda é passível de críticas diante da estrutura do Direito Penal clássico (principalmente no que diz respeito às teorias da ação).

No que tange à responsabilização das sociedades empresárias, Mentor (2016, p. 85-86) explica que, por conta de suas decisões serem tomadas coletivamente, impossibilita que a responsabilização seja pessoal, proporcional e justa, além de, em diversas vezes, o fato permanecer sem sanção (é nítido o foco do mandado de criminalização sobre as pessoas jurídicas) Por conseguinte, complementa o autor, dizendo que, no Direito Administrativo Sancionador, haveria punições compatíveis com os entes coletivos, além de possuir sanções rigorosas no âmbito econômico dignas de efeito intimidativo equivalente à adoção de normas penais.

Por fim, novamente é possível regressarmos aos ensinamentos de Falavigno (2020, p. 73) no que diz respeito à deslegalização do Direito Penal, mas agora no que se refere ao direito econômico. A autora diz:

A administrativização desse setor é apontada como causadora de diversos efeitos negativos. O principal deles é a desconsideração dos limites inerentes para a aplicação do direito penal, que passa a apresentar um aspecto confuso, viabilizando a exacerbação do punitivismo já típico de nossa cultura jurídica atual. Ainda, é recorrente a incidência do *bis in idem*, com punições rígidas da mesma conduta sob diferentes vestimentas: ora penal, ora administrativa.

Percebe-se que, por ser um campo muito técnico, como também ocorre com o direito ambiental, há a necessidade de complementação, gerando a utilização de normas penais em branco. Nesse sentido, complementa Gonçalves (2017, p. 93) assinalando que

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

“para manter a determinação incriminadora atualizada, frente aos diários avanços das estruturas econômicas, basta que se altere o complemento da norma penal”.

Obviamente a lei, por si só, não seria capaz de trazer todas essas definições técnicas de forma atualizada sem precisar de, a todo momento, passar por alterações legislativas. Nessa perspectiva, nasce a real necessidade da utilização de atos normativos secundários. Entretanto, a medida que se usa esses atos secundários deve ser repensada, de modo que podemos perceber na prática que há inclusive ilícitos penais que protegem, como bem jurídico, autorizações administrativas.

5 CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, percebe-se que, na realidade, a doutrina majoritária pacificou o entendimento de que a tutela dos bens jurídicos coletivos é estritamente necessária, na medida em que as novas modalidades de ilícitos vêm se atualizando conforme se moderniza a sociedade. Nesse sentido, é necessária a atualização do Direito Penal frente a essas novas infrações. Além disso, a evolução dos direitos fundamentais na terceira dimensão ressalta a importância desses bens jurídicos (universais).

Ademais, seguindo a teoria constitucional do bem jurídico e os mandados de criminalização, não há margens para duvidar da importância que os doutrinadores e o poder constituinte originário deram para esses novos interesses.

Embora haja consenso a respeito dessa tutela, é nítido que ela possui problemas. É cediço que atualmente o Direito Penal passa por momentos de expansão, populismo e simbolismo exacerbado e isso, por óbvio, também atinge a proteção dos bens jurídicos coletivos. Como foi supramencionado, a tutela de muitos desses bens jurídicos viola princípios basilares do Direito Penal. O excesso de crimes de perigo abstrato (tutela penal preventiva) viola o princípio da lesividade; o preceito secundário dos tipos penais supraindividuais abaixo dos preceitos secundários dos tipos penais tidos como individuais viola o princípio da proporcionalidade, no que tange à proteção deficiente; o excesso de normas penais em branco causa o fenômeno da deslegalização, violando o princípio da legalidade, principalmente no que toca à taxatividade; a utilização do Direito Penal para tutelar licenças e autorizações administrativas viola o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos; e, por fim, a intervenção penal como *prima ratio* viola o princípio da intervenção mínima, no tocante à fragmentariedade.

Isto posto, a referida pesquisa demonstra que a atual intervenção penal nos bens jurídicos coletivos deve ser repensada, sobretudo nos pontos em que deixa de observar as diretrizes básicas do Direito Penal. Além de tudo, é perceptível que, na maioria das vezes, esses problemas causam deficiências na proteção desses direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito Processual Penal Coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ANDRADE, Roberta Lofrano. **Direito Penal e evolução do Estado de Direito:** questionamentos acerca da manutenção do Direito Penal clássico. Canoas, 2013. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2663/1886>. Acesso em: 03 out. 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Efetividade da Tutela Coletiva**. São Paulo: LTr, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951**. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956**. Define e pune o crime de genocídio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.134, de 26 de outubro de 1983**. Dispõe sobre a obrigatoriedade de aplicação dos créditos e financiamentos de organismos governamentais e daqueles provenientes de incentivos fiscais, exclusivamente nos projetos para os quais foram concedidos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7134.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

BRASIL. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991.** Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8176.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. 3788/DF**, Segunda Turma, DJe 14/06/2016 e STJ, REsp 1.409.051/SC. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4478588>. Acesso em: 20 out. 2020

COSATE, Tatiana Moraes. **Direito Penal Mínimo: A Idoneidade da Proteção Penal dos Bens Jurídicos Transindividuais.** Curitiba: Editora Juruá, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º ao 120).** 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DEL GAIZO, Flavia Viana. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AÇÕES COLETIVAS – enfoque especial para o surgimento das ações coletivas passivas.** PUC-SP, 2004. Disponível em: <https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/ARTIGO-1-flavia-viana.pdf>. Acesso em: 08 maio 2020.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro.** Florianópolis: Emais, 2020.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. **Proporcionalidade, Bem Jurídico e Tutela Penal do Meio Ambiente.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. **Os crimes econômicos sob a ótica do Direito Penal Constitucional.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral.** 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

KIND, Rauali. **Direito Penal Negativo: limites à expansão do Direito Penal.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte geral – vol. 1.** 11. ed. São Paulo: Método, 2017.

A (IM)POSSIBILIDADE DA TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS:
ULTIMA RATIO E DIREITO PENAL MÍNIMO OU A OBRIGATORIEDADE
DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

MENTOR, Diogo. **Teoria do Direito de Intervenção**: a alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos crimes econômicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**: volume único. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAASCH, Rodrygo Welhmer. Teoria da derrotabilidade (*defeasibility*) das normas. **R. bras. de Dir. Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 18, n. 68, p. 213-221, jan./mar. 2020.

SANTOS, José Lourenço dos. **A derrotabilidade como mecanismo para um direito penal mínimo em respeito aos direitos fundamentais e um estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela Penal dos Interesses Difusos**. São Paulo: Atlas S.A, 2000.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Legitimidade da Intervenção Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens Jurídicos Coletivos**: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.