

ACERCA DA DISTINÇÃO ENTRE FALSOS E AUTÊNTICOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS PARA O DIREITO PENAL ECONÔMICO

*Fernando dos Santos Lopes**

RESUMO

Foi estabelecida uma diferença entre os autênticos bens jurídicos coletivos e os falsos bens jurídicos coletivos, de modo a destacar o fato de que os autênticos bens coletivos não são bens econômicos, observando-se, por conseguinte, que o Direito Penal Econômico possui especificidades não no sentido de tutelar bens coletivos, mas bens cooperativos, assim como os meios que tornam possível a existência dos processos de cooperação. Como exemplos de bens cooperativos foram citados o regular funcionamento do mercado de futuros e a credibilidade do sistema financeiro.

Palavras-chave: Bens coletivos. Direito Penal Econômico. Sociedade do risco.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente muito se discute acerca da possibilidade de um Direito Penal fundado sobre bases liberais ser utilizado para a proteção de bens coletivos. Tal discussão tem muita importância para o chamado Direito Penal Econômico, uma vez que grande parte dos estudiosos desse ramo do Direito Penal entende que os bens jurídicos coletivos são o objeto por excelência do Direito Penal Econômico, ainda que Martínez Buján Pérez, por exemplo, entenda que podem ser objeto de estudo do Direito Penal Econômico aqueles tipos que tutelem imediatamente um bem jurídico individual, e apenas mediamente um bem jurídico coletivo¹.

* Graduando em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Bolsista da Funadesp. Sócio fundador do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE).

¹ Conforme explica seu discípulo Rodrigo Sánchez Rios (2000, p. 441): Por outro lado, recentes estudos têm consolidado a extensão desse conceito aos delitos que mesmo não possuindo um bem jurídico supraindividual como objeto imediato de proteção – pois os tipos penais nestes casos tutelam diretamente um bem jurídico individual de conteúdo econômico – são orientados à proteção de um bem jurídico mediato supraindividual (ex. delitos de concorrência desleal, delitos societários etc.). Ora, a distinção entre um bem imediato e bem mediato

Muitos desses estudiosos têm defendido que o Direito Penal pode ser utilizado para proteger bens jurídicos coletivos, alegando que a moeda, por exemplo, é um bem jurídico coletivo que sempre foi protegido pelo Direito Penal, “não havendo nada de errado com isso” (GRECO, 2004, p. 104). Nesse sentido, o que esses autores sustentam é que não se deve negar a possibilidade de uma intervenção subsidiária do Direito Penal para proteger determinados bens jurídicos coletivos, mas distinguir os falsos bens jurídicos coletivos dos autênticos bens jurídicos coletivos (GRECO, 2004, p. 104-105).

Do ponto de vista prático a importância de se distinguir um falso bem jurídico coletivo de um autêntico é gritante. Com efeito, uma vez considerado que a saúde pública, por exemplo, é um bem coletivo e que a lei que criminaliza o uso de entorpecentes visa proteger a saúde pública, um usuário de drogas não poderá alegar que não pode ser preso, sob o fundamento de que abdicou de seu direito à saúde pública; constatação essa que decorre do fato dos bens jurídicos coletivos serem indisponíveis.

Mas a importância prática de distinguir um autêntico bem coletivo de um falso transcende a órbita de um tipo específico, abrangendo uma série de delitos como o de lavagem de dinheiro, de corrupção, sonegação fiscal, e muitos outros cujo objeto tutelado seja um bem coletivo.

O conteúdo deste artigo se insere nessa tentativa de distinguir os falsos bens jurídicos coletivos dos autênticos, mas se volta para o campo específico do Direito Penal Econômico, embora a maior parte das considerações feitas aqui possam ser aplicadas, “mutatis mutandis” ao estudo do Direito Econômico. Para se atingir o objetivo de se esboçar alguns aspectos de tão importante distinção, em um primeiro momento, foram feitas breves considerações acerca da diferença entre “ter um direito a algo e o algo ao qual se tem direito”, de modo a demonstrar que alguns bens jurídicos chamados de coletivos, tal qual o dinheiro, são mais bem compreendidos quando definidos como meios de coordenação social, afirmação confirmada por alguns estudos realizados no âmbito da teoria monetária. Posteriormente, passou-se a tratar da questão específica relacionada à distinção entre os autênticos bens coletivos e os falsos bens coletivos, no que se verificou que a constatação da existência de

(ou “ratio legis”) está em sintonia com a orientação funcional do direito penal. Na análise do tipo penal econômico específico o que resultará num primeiro momento, diretamente lesionado por parte da ação do sujeito ativo, será sempre o bem jurídico imediato. Este estará identificado com a lesão efetiva ou o perigo de lesão patrimonial, sendo sempre a principal referência para identificar as funções e o sentido do próprio tipo penal. Dessume-se que a ofensa às “funções” do bem jurídico não poderá estar incorporada ao tipo de injusto da infração correspondente. Assim, pode-se prever que a “ordem econômica”, no sentido amplo do delito econômico, não aparecerá como bem jurídico diretamente protegido nas diversas figuras delitivas, mas desempenhará uma função sistemática ou categorial devendo ser precisado seu objeto em cada tipo penal específico.

autênticos bens coletivos não é recente, tendo sido destacada em 1871 por um dos principais pensadores do liberalismo econômico, Carl Menger, o qual, inclusive, já aplicava o critério da não rivalidade no consumo como critério de reconhecimento dessa espécie de bens. Enfim, após uma análise acerca da classe dos bens cooperativos, observou-se que o Direito Penal Econômico possui especificidades próprias não no sentido de tutelar direitos coletivos, mas bens cooperativos, ou seja, aqueles que sejam resultantes de ações individuais coordenadas, assim como os meios que tornam possível a existência desses processos de cooperação.

2 A IMPORTÂNCIA DA DIFERENÇA ENTRE TER UM DIREITO A ALGO E O ALGO AO QUAL SE TEM DIREITO PARA O ESTUDO DOS BENS COLETIVOS

Embora possa parecer algo simples, as pessoas nem sempre se dão conta de que ter um direito é algo muito diferente do que ter o bem ao qual se tem direito, e mais diferente ainda do que satisfazer os estados psicológicos de insatisfação que fazem com que certo objeto possa ter valor.

Aquele que afirma que um objeto (x) é um bem está a realizar um ato de fala cujo conteúdo é uma função proposicional². Tal função é formada essencialmente por um objeto e um predicado (bem) que pressupõe um juízo de valoração. O estudo do conceito de bem adentra inevitavelmente no campo da axiologia, uma vez que uma das condições que um objeto deve satisfazer para ser um bem é possuir alguma qualidade que possa ser colocada em nexos causal com a satisfação de uma necessidade humana³.

Além disso, exige-se o reconhecimento por parte do indivíduo dessa relação de causa e efeito, pois do contrário o objeto referido não lhe terá nenhum valor (MENGER, 1981, p. 52). De fato, para que algo tenha valor é necessário que seja feito um juízo de valoração segundo

² Sobre o conceito de função proposicional ver: RUSSEL, Bertrand. *Introdução à Filosofia da matemática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 149-160

³ Este conceito de bem que foi enunciado em 1871 por Carl Menger pode ser chamado de causal-material pelo fato de não incluir o que Menger denominou como qualidades imaginárias. Nessa visão teórica, as qualidades imaginárias podem ser agrupadas em dois grupos: no primeiro, estão aqueles objetos que se imagina que possuam alguma qualidade que, todavia, é inexistente; incluem-se nesse grupo, por exemplo, os amuletos, pois não possuem qualquer qualidade de proteção, embora se possa acreditar nisso. No segundo grupo, por outro lado, estariam aqueles objetos cuja qualidade imaginária é voltada a satisfazer um estado de insatisfação inexistente. Nesse grupo estão incluídos aqueles remédios feitos para curar doenças que sequer existem. A diferença entre os dois grupos imaginários é que no primeiro o estado de insatisfação (necessidade de proteção) pode existir, embora o amuleto não possua a qualidade que seria voltada a satisfazê-lo; já no segundo, o próprio estado de insatisfação inexistente, pois não existe a doença imaginária e, por conseguinte, qualquer necessidade relacionada que precise ser satisfeita. Vide: MENGER, Carl. *Principles of economics*. New York: University Press, 1981. p. 52-53.

certos critérios; como um dos critérios para que um objeto seja considerado bem é que este tenha alguma qualidade que possa estar em relação com a satisfação de uma necessidade, sem o conhecimento dessa qualidade não será possível submetê-la aos critérios para realização do juízo.

Enfim, deve ser possível utilizar efetivamente a qualidade presente no objeto (MENGER, 1981, p. 52), pois, do contrário, estará faltando algo que é essencial ao conceito de bem, ou seja, a capacidade de ser utilizado para a satisfação de necessidades.

A partir dessas premissas, pode-se perceber que embora a qualidade presente no objeto possa ser exterior ao sujeito, o conceito de bem é eminentemente subjetivo, pois depende de um juízo de valor cujo conteúdo se vincula ao significado atribuído ao conceito de necessidade.

Destarte, percebe-se que a questão central para a axiologia é saber como surgem as necessidades humanas e as causas de sua alteração no decorrer do tempo, tendo em vista que tudo aquilo que se considera valioso é determinado pela vontade de satisfazer alguma necessidade, o que evidencia o *caráter constitutivo da subjetividade* para qualquer coisa que se possa designar como um bem.

A vontade de satisfazer uma necessidade, por sua vez, pode ser entendida tanto em sentido lógico quanto psicológico. No sentido lógico ela seleciona e determina quais objetos possuem a qualidade para satisfazer os fins considerados necessários⁴. Por outro lado, no sentido psicológico, tratar-se-ia de satisfazer *estados interiores de insatisfação* cujas causas ainda são um mistério para a neurociência que tem cada vez mais interagido com a filosofia moral na busca de fornecer uma explicação físico-monista para os processos axiológicos, em oposição à vetusta concepção dualista-cartesiana⁵.

A teoria do valor de Menger, embora formulada a mais de um século, destaca devidamente a interação entre os aspectos lógicos e psicológicos da vontade enquanto

⁴ Utilizando esse sentido lógico de vontade se destaca Rudolf Stammler, conforme explica Reale: “a vontade não é, do ponto de vista lógico, concebida como energia, que implica uma relação causal entre determinada substância e o efeito concreto a que ela conduz. Querer é optar por um fim e subordinar a esse fim determinados meios. Toda vez que a nossa atitude é no sentido de nos servirmos de meios para atingirmos fins, dizemos, stammlerianamente, que estamos “querendo”. O conceito de querer de Stammler é um conceito teleológico e, mais precisamente, um conceito lógico e não um conceito psicológico: — “uma pauta diretora de nossa consciência, consistente na eleição de meios para a consecução de fins”. O querer, em suma, é uma forma de ordenação da conduta, enquanto subordina meios a fins”. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 332.

⁵ Nesse sentido, entre outros, vide: GREENE, Joshua. From the neural “is” to the moral “ought”: what are the moral implications of neuroscientific moral psychology? In: *Nature Neuroscience Reviews*, v. 4, 847-850.

constituintes do significado do conceito de bem. De fato, a primeira lei de Gossen⁶ que criou as bases para o princípio da utilidade marginal decrescente, ao trazer implícita a idéia de que o que se considera valioso depende do grau de intensidade dos estados psicológicos de insatisfação individual –podendo ser considerado como função crescente destes – enfatizou a importância dos aspectos psicológicos da vontade ou do desejo para a constituição do que se considera como um bem, deixando, todavia, de realizar uma abordagem acerca dos aspectos lógicos que, posteriormente, foram profusamente analisados por Menger.

Carl Menger (1981, p. 122-128) percebeu muito bem que os indivíduos buscam preencher seus estados de insatisfação de acordo com uma hierarquia de prioridades que pode variar de indivíduo para indivíduo. Além disso, o economista Austríaco percebeu que o valor de um bem com relação a outro não depende apenas da hierarquia de prioridades, mas do fato desse bem ser ou não escasso.

Em outras palavras, ter direito à água é algo muito diferente do que ter acesso à água, assim como algo muito diferente do que “matar a sede”. Com efeito, um indivíduo pode ter acesso à água, mas, mesmo assim, não conseguir satisfazer todos os seus estados psicológicos de insatisfação por água, tendo em vista a não existência desta em quantidade suficiente.

Igualmente, não é implausível que um indivíduo tenha direito a água, mas não tenha acesso a esta por circunstâncias naturais ou políticas.

Fixadas essas premissas, pode-se começar a expor alguns aspectos do dinheiro, de modo a tornar possível um melhor entendimento acerca de seu significado como meio de coordenação social. Pois bem, se não existisse dinheiro, a única forma de um empresário construir, por exemplo, uma ferrovia nos Andes seria fornecendo aos seus empregados todos os bens materiais que eles necessitassem para executar o empreendimento, o que tornaria o progresso extremamente lento e difícil, conforme ensina Sir Dennis Robertson:

Se todos os homens de negócios houvessem de tomar medidas para alimentar, vestir e distrair seus empregados, antes de iniciar qualquer empreendimento – o que poderia acontecer se fossem, por exemplo, construir uma ferrovia nos Andes, a centena de quilômetros da civilização – tais desajustes não ocorreriam, mas em compensação o progresso industrial seria muito lento e difícil. No sistema existente, a facilidade com que os adiantamentos de toda espécie são feitos em dinheiro age como lubrificante nas rodas do progresso material; *o resultado, entretanto, é que o*

⁶ A primeira lei de Gossen era explicada por Menger como se referindo à “intensidade decrescente da necessidade individual com o aumento do atendimento da necessidade”. Menger, Carl. Principles of economics. New York: University Press, 1981. p. 18; “decreasing intensity of individual wants with increasing satisfaction.”

povo tende a confundir a moeda que é um simples certificado de obter bens que podem nem mesmo existir, e com isso cria problemas e desilusões (SIR ROBERTSON, 1963, p. 8, grifei).

Essa concepção do dinheiro como um simples certificado de obtenção de bens que podem nem mesmo existir, ao mesmo tempo em que pode ser considerada um desdobramento da diferença entre “ter um direito a algo e o algo ao qual se tem direito”, implica duas constatações.

A primeira é que se trata de uma definição jurídica do dinheiro, embora não necessariamente legal, tendo em vista a possibilidade da existência de disciplinas legais diferenciadas conforme o contexto. Entretanto, pode-se afirmar taxativamente que onde quer que exista um sistema de papel-moeda ou moeda-papel, obrigatoriamente estas “fichas simbólicas”⁷ serão, em essência, “direitos a algo”.

A segunda, que é a mais interessante, se refere ao fato de que ainda que o dinheiro possa ser concebido como um “certificado de obtenção de bens que podem nem mesmo existir”, ele permite que todo um processo de coordenação social possa ser realizado, ainda que o resultado desse processo de coordenação (leia-se: divisão do trabalho e empreendedorismo) possa gerar resultados insatisfatórios:

Como explicamos linhas atrás, esses salários são como um adiantamento baseado nas estimativas, feitas pelos “capitalistas” do valor que a sociedade estabelece para as construções, navios e outros bens em processo de produção. Mas o que o trabalhador deseja com esses adiantamentos, é obter o conforto necessário e convencional para a sua vida, e no sistema monetário não há garantia de que se promova aquele conforto com a mesma rapidez com que os salários são pagos. Podemos, por isso, chegar a uma situação na qual a indústria é ativa e os salários altos, mas os artigos necessários à vida são escassos. – e, nesse caso, haverá protestos e intranqüilidade (SIR ROBERTSON, 1963, p. 8).

Assim, o fato do dinheiro ser um meio de coordenação social implica que pelo menos dois problemas fundamentais passem a ser objeto de estudo da teoria monetária: como tornar o processo de coordenação social realizado por meio do dinheiro apto a gerar riqueza de forma eficiente, e como impedir a ocorrência de um processo injusto de divisão da propriedade por meio de alterações no valor do dinheiro:

⁷ A expressão é de Anthony Giddens (1991. p. 25).

Todos nós, desde o senhor da terra ao trabalhador, podemos viver porque outras pessoas precisam de nossos serviços, se entendermos a palavra serviço num sentido amplo que inclua a utilização daquilo que possuímos. Se o poder que tem o dinheiro de outras pessoas de comprar nossos serviços variar sempre na mesma proporção do poder que tem o nosso dinheiro de adquirir, os serviços de outrem, não haverá razão pela qual essa variação do poder aquisitivo deva preocupar. Mas, na verdade as coisas não se passam dessa forma. Algumas pessoas vendem seus serviços em condições fixas, seja por contrato, seja pela força do hábito, por longo período em termos monetários. Contudo, outras podem facilmente ou são forçadas a alterar o preço dos serviços que vendem. O primeiro grupo não se beneficia evidentemente com o assunto e é prejudicado pela queda do valor do dinheiro, pois passa a receber maior ou menor poder de compra em troca das coisas que vende. O último grupo tende a ganhar com a queda e perder com o aumento do valor da moeda, já que se utiliza, seja por prazer seja com o objetivo de produzir, dos serviços do grupo cujas recompensas ou lucros são fixos, já que seus lucros variam. *Qualquer modificação no valor da moeda, por menor que seja, portanto, quando não houver sido perfeitamente prevista, provoca certa redistribuição da renda real da sociedade entre esses dois grupos de pessoas. E se, como aconteceu no após-guerra, ocorre uma prolongada e violenta queda no valor do dinheiro, os componentes do primeiro grupo podem arruinar-se e reduzir-se a mais completa miséria* (SIR ROBERTSON, 1963, p. 9, grifei).

A constatação da existência desse segundo problema é muito importante, uma vez que o fato de que nos sistemas monetários a divisão da propriedade seja feita, inclusive, por meio de alterações no valor do dinheiro, revela que malgrado o dinheiro seja um meio de coordenação social; não um fim em si mesmo, ele possui autonomia no que concerne ao seu status de bem jurídico.

3 A DIFERENÇA ENTRE FALSOS E AUTÊNTICOS BENS

Os recursos naturais determinam a possibilidade de que possam existir, de forma geral, apenas dois sistemas de distribuição de riqueza, ou seja, o sistema de propriedade privada, onde predominam os bens de caráter individual, e o “comunismo”, onde há predominância de bens coletivos.

Com efeito, quando os recursos não são escassos, ou seja, existem em quantidade suficiente para satisfazer todas as necessidades das pessoas, o consumo de um não impede o consumo de outro, não existindo, portanto, razão para que a propriedade desses recursos seja dividida, tendo em vista a inexistência de rivalidade no consumo.

Esse sistema no qual não existe rivalidade no consumo foi chamado por Menger de comunismo, tendo em conta a possibilidade de que a propriedade de tais bens pudesse ser comum, o que conferiria para esses bens a qualidade de bens coletivos:

We can actually observe a picture of communism with respect to all goods standing in the relationship causing non-economic character; for men are communists whenever possible under existing natural conditions. In towns situated on rivers with more water than is wanted by the inhabitants for the satisfaction of their needs, everyone goes to the river to draw any desired quantity of water. In virgin forests, everyone fetches unhindered the quantity of timber he needs. And everyone admits as much light and air into his house as he thinks proper. This communism is as naturally founded upon a non-economic relationship as property is founded upon one that is economic (MENGER, 1981, p. 100-101).

Pois bem, contrariamente ao sistema comunista em que os bens são coletivos por não haver rivalidade no consumo, quando há escassez de bens, surge obrigatoriamente a necessidade de se proceder a um processo de divisão da propriedade, a fim de se evitar a guerra entre todos os interessados pelos bens escassos, conforme exposto por Menger:

So far we have presented the phenomena of life that result from the fact that the requirements of men for many goods are greater than the quantities available to them in a very general way, and without special regard to the social organization of men. What has been said to this point therefore applies equally to an isolated individual and to a whole society, however it may be organized. But the social life of men, pursuing their individual interests even as members of society, brings to view a special phenomenon in the case of all goods whose available quantities are less than the requirements for them. An account of this phenomenon may find its place here. If the quantitative relationship under discussion occurs in a society (that is, if the requirements of a society for a good are larger than its available quantity), it is impossible, in accordance with what was said earlier, for the respective needs of all individuals composing the society to be completely satisfied. On the contrary, nothing is more certain than that the needs of some members of this society will be satisfied either not at all or, at any rate, only in an incomplete fashion. *Here human self-interest finds an incentive to make itself felt, and where the available quantity*

does not suffice for all, every individual will attempt to secure his own requirements as completely as possible to the exclusion of others. In this struggle, the various individuals will attain very different degrees of success. But whatever the manner in which goods subject to this quantitative relationship are divided, the requirements of some members of the society will not be met at all, or will be met only incompletely. These persons will therefore have interests opposed to those of the present possessors with respect to each portion of the available quantity of goods. But with this Opposition of interest, it becomes necessary for society to protect the various individuals in the possession of goods subject to this relationship against all possible acts of force. In this way, then, we arrive at the economic origin of our present legal order, and especially of the so-called protection of ownership, the basis of property (MENGER, 1981, p. 97, grifei).

Esses bens escassos, ao contrário dos bens coletivos, são chamados de bens econômicos, e o sistema econômico em que predomina essa espécie de bens pode ser chamado de sistema baseado na divisão da propriedade.

Sendo assim, é inevitável reconhecer que num sistema onde os bens são econômicos o mercado só pode se desenvolver sobre um sistema de normas jurídicas, o que foi percebido por Habermas (2004, p. 39):

O senhor me pergunta se o mecanismo de mercado não tem suas normas intrínsecas. O conceito que faço disso é um pouco diferente: a saber, penso que o mecanismo de mercado se institucionaliza em função dos elementos básicos do direito privado (contrato e propriedade). Essa institucionalização jurídica é concebida – permita-me descreve-la deste modo – para que os participantes do mercado possam agir estrategicamente. Eles são livres para fazer o que quiserem. Calculam, pensam no quanto vão ganhar e no quanto vão perder.

Destarte, o agir estratégico característico das ações que dão origem ao processo de mercado se encontra limitado por regras jurídicas, o que, ressalte-se, já havia sido constatado por Menger quando este em 1871 afirmou que a origem de nossa ordem legal se encontra no fato de que o conflito de interesses que surgem quando os bens são econômicos, implica a criação de mecanismos que protejam a propriedade obtida de forma legítima (MENGER, 1981, p. 97)⁸.

⁸ O leitor que tiver interesse em consultar a fonte de onde se extraiu a citação de Habermas vai perceber que este está a fazer uma crítica a Hayek, o que não se justifica, uma vez que Menger em 1871 já defendia que o livre mercado não pode se desenvolver sem a existência de regras legais, pensamento notoriamente compartilhado por Hayek.

Essa ordem social sustentada por regras jurídicas é tão forte que permeia todo o sistema econômico, chegando, em alguns casos, a ser parte constitutiva de certos objetos complexos como o dinheiro, o que fica claro quando se constata que num sistema de papel-moeda totalmente fiduciário, por exemplo, a liquidez⁹ passa a ser determinada principalmente por regras legais.

No sistema em que surge o problema da divisão da propriedade, surge também o problema de dividi-la de forma legítima. Todavia, num sistema capitalista, ou seja, naquele em que predomina a livre iniciativa, e os bens são econômicos, ou seja, existe rivalidade no consumo, a livre concorrência passa a ser o principal meio para proporcionar uma divisão legítima da propriedade, devendo-se, todavia, compreender a livre concorrência nos seguintes termos:

É importante não confundir a oposição a essa espécie de planejamento¹⁰ com uma dogmática atitude de laissez-faire. A doutrina liberal é a favor do emprego mais efetivo das forças da concorrência como um meio de coordenar os esforços humanos, e não de deixar as coisas como estão. Baseia-se na convicção de que, onde exista a concorrência efetiva, ela sempre se revelará a melhor maneira de orientar os esforços individuais. Essa doutrina não nega, mas até enfatiza que, para a concorrência funcionar de forma benéfica, será necessária a criação de uma estrutura legal cuidadosamente elaborada, e que nem as normas legais existentes, nem as do passado, estão isentas de graves falhas. [...] Em primeiro lugar, é necessário que os agentes, no mercado, tenham liberdade para vender e comprar a qualquer preço que encontre um interessado na transação, e que todos sejam livres para produzir, vender e comprar qualquer coisa que possa ser produzida ou vendida. E é essencial que o acesso às diferentes ocupações seja facultado a todos, e que a lei não tolere que indivíduos ou grupos tentem restringir esse acesso pelo uso aberto ou disfarçado da força. [...] Proibir o uso de substâncias tóxicas ou exigir precauções especiais para a sua utilização, limitar as horas de trabalho ou requerer certas disposições sanitárias, é inteiramente compatível com a manutenção da concorrência. A única questão é estabelecer se, neste ou naquele caso, as vantagens obtidas são maiores do que os custos sociais decorrentes de tais medidas. A manutenção da concorrência tampouco é incompatível com um amplo sistema de

⁹ O prêmio de liquidez é um dos aspectos essenciais que diferencia o dinheiro de outros bens, conforme observou Keynes (2003, p. de internet): “Different commodities may, indeed, have differing degrees of liquidity-premium amongst themselves, and money may incur some degree of carrying costs, e.g. for safe custody. But it is an essential difference between money and all (or most) other assets that in the case of money its liquidity-premium much exceeds its carrying cost, whereas in the case of other assets their carrying cost much exceeds their liquidity-premium”.

¹⁰ Hayek se refere ao marxismo.

serviços sociais desde que a organização de tais serviços não torne ineficaz a concorrência em vastos setores da vida econômica (HAYEK, 1990, p. 62, grifei).

Com efeito, num sistema em que os bens são econômicos, ou o Estado controla os meios de produção e decide como será a desigual distribuição desses bens entre os membros de certa sociedade (tendo em vista que não há como dividir matematicamente bens econômicos de forma equânime por limitações naturais), ou os cidadãos criam regras em procedimentos democráticos, a fim de decidir como se dará efetivamente o processo de livre concorrência, e como serão aplicados (divididos) os tributos, embora cada vez mais se acentue o poder normativo dos órgãos da administração, sobretudo, das chamadas autarquias especiais como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por exemplo.

Não obstante, há que se atentar para o fato de que num sistema fundado numa economia monetária, a divisão da propriedade é feita primordialmente por meio da política monetária e cambial, o que denota o grande poder que autarquias especiais como o Banco Central possuem no contexto da determinação da divisão da propriedade nas sociedades contemporâneas.

Com efeito, ainda que a política fiscal tenha muita importância no que tange à determinar como a propriedade será dividida num determinado Estado, num sistema monetário, em que o Banco Central controla a oferta de moeda principalmente pela compra e venda de títulos públicos, a política fiscal passa a estar de certo modo vinculada à política monetária, sendo as metas de superávit primário, por exemplo, um dos termômetros para se verificar esse grau de vinculação. Além disso, num sistema em que as trocas são realizadas de forma indireta por meio do papel-moeda, a divisão da propriedade passa a ser determinada, sobretudo, por alterações causadas no valor da moeda, conforme já mencionado.

Assim, numa economia monetária fica bem clara a diferença entre meios de coordenação social como o dinheiro que tem importância para o processo de divisão da propriedade, e os bens que são divididos entre os membros de uma sociedade por meio do dinheiro. Por outro lado, o caráter econômico desses bens implica a existência de rivalidade no consumo que é incompatível com qualquer perspectiva coletivista.

Nesse sentido, a questão que se sobressai no contexto das sociedades capitalistas pós-industriais é que poucos atentam para o fato de que nesse tipo de sociedade, pelos motivos já explicitados, o Direito Econômico e Penal Econômico não protegem e nunca protegeram autênticos bens coletivos.

Com efeito, conforme apontado por Menger (1981, p. 97), a ordem jurídica é criada, sobretudo, como uma forma de evitar conflitos que seriam inevitáveis em uma sociedade onde os bens não existissem em quantidade suficiente para satisfazer as necessidades de todas as pessoas, ou seja, é totalmente sem sentido falar em Direito econômico ou, pior ainda, em Direito Penal Econômico onde os recursos são suficientes para atender toda a coletividade, tal como acontece numa sociedade indígena isolada, por exemplo.

Quando o homem constata que determinado bem é escasso, ele tende a criar regras para dividir a propriedade desse bem, sendo essa uma das principais explicações para a crescente importância que se tem atribuído nos dias atuais ao Direito Ambiental. Contudo, certo é que o fato do sistema jurídico não poder ser usado para proteção de autênticos bens coletivos não impede que se fale em direito coletivo ao meio ambiente, desde que se tenha bem clara a diferença já mencionada entre bens e direitos, ou seja, deve-se deixar bem claro para os indivíduos que a existência de normas jurídicas protetivas de direitos ao meio ambiente não asseguram, *de per se*, a realização desses mesmos direitos, haja vista que nem tudo aquilo que é permitido do ponto de vista jurídico deixa de ser perigoso do ponto de vista científico para o ecossistema. Assim, no contexto da discussão acerca dos bens coletivos é inelutável distinguir bens de direitos, pois, conforme já se afirmou, ter um direito a algo é diferente do que ter o algo ao qual se tem direito.

Destarte, tendo em vista a escassez de bens e recursos no meio ambiente, os direitos coletivos podem no máximo assegurar uma participação igualitária de todos no processo de utilização dos recursos ambientais, assim como que esse processo seja econômico, ou seja, planejado e executado segundo uma perspectiva de longo prazo, tendo em vista a escassez desses recursos.

Embora seja tautológico, deve-se afirmar que recursos econômicos precisam ser economizados, não existindo razões dogmáticas, portanto, para evitar a proibição de condutas cujos efeitos negativos para o meio ambiente possam surgir apenas no futuro. Destarte, o argumento no sentido de que grande parte dos delitos ambientais seriam inconstitucionais por serem delitos de acumulação carece de fundamento, uma vez que no caso de bens econômicos, vislumbra-se como perfeitamente lógico que as medidas preventivas de proteção passem a adquirir um *status* de bem jurídico penal. Com efeito, no caso de recursos econômicos o respeito às medidas de prevenção representam “*conditio sine qua non*” para a existência dos próprios objetos considerados como bens jurídicos.

Assim, feita essa distinção entre autênticos bens coletivos e falsos bens coletivos (bens econômicos), tendo sido ressaltado o fato de que não podem existir bens econômicos

coletivos, mas, no máximo, direitos coletivos à bens econômicos, haja vista a diferença entre ter um direito a algo e o algo ao qual se tem direito, pode-se passar a falar de uma importante classe de bens que, malgrado sua importância para o estudo do Direito Econômico e Penal Econômico não tem recebido a devida atenção: trata-se da classe dos bens cooperativos.

4 OS BENS JURÍDICOS COOPERATIVOS QUE SÓ EXISTEM POR MEIO DE UM FAZER COORDENADO: QUANDO PROTEGER A NORMA É PROTEGER O BEM JURÍDICO

Embora o tema dos bens jurídicos cooperativos mereça um estudo específico, dado sua importância para a compreensão dos processos de interação humana que dão origem ao mercado, as breves considerações realizadas até o momento permitem que sejam feitas algumas reflexões acerca dessa importante classe de bens.

Conforme foi visto, os autênticos bens coletivos são aqueles que podem ser consumidos por todos sem que o consumo de uma pessoa possa impedir o consumo de outra. Quando isso ocorre, não há necessidade de se criar um Direito Econômico e, muito menos, Penal Econômico para interferir em relações onde não poderão existir conflitos de interesses. Numa sociedade onde predominam bens coletivos, tal como acontece em algumas sociedades indígenas, não existe luta pela propriedade e, conseqüentemente, necessidade de se criar um sistema de divisão da propriedade.

É claro que isso não significa dizer que a escassez seja sempre um fato relacionado com a disponibilidade de recursos naturais, uma vez que a intervenção do homem pode tornar recursos naturalmente abundantes em escassos, o que daria origem a conflitos, uma vez que isso transformaria recursos coletivos em recursos econômicos. Assim, o chefe de uma tribo que resolve de forma arbitrária restringir o consumo de água de sua comunidade por “pura maldade”, ou porque pensa ser isso uma ordem de algum de seus deuses, transforma recursos naturalmente abundantes em recursos econômicos.

Sendo assim, se os autênticos bens coletivos não podem ser objeto de estudo do Direito Penal Econômico, como explicar a ontologia de uma série de bens protegidos pelo Direito Penal Econômico, como o regular funcionamento do mercado de balcão, a livre concorrência, a política cambial, ou a credibilidade do sistema financeiro nacional?

Por certo que esses bens não podem ser explicados de acordo com uma abordagem coletivista, ou mesmo contratualista, mas apenas segundo um viés cooperativista, podendo-se considerar os contratos como apenas mais um meio simbólico de coordenação social:

Sociedade é ação concertada, cooperação. A sociedade é a consequência do comportamento propositado e consciente. Isso não significa que os indivíduos tenham firmado contratos por meio dos quais teria sido formada a sociedade. As ações que deram origem à cooperação social, e que diariamente se renovam, visavam apenas à cooperação e à ajuda mútua, a fim de atingir objetivos específicos e individuais. Esse complexo de relações mútuas criado por tais ações concertadas é o que se denomina sociedade. Substitui, pela colaboração, uma existência isolada – ainda que apenas imaginável – de indivíduos. Sociedade é divisão de trabalho e combinação de esforços. Por ser um animal que age, o homem torna-se um animal social (MISES, 1990, p. 201, grifei).

Todavia, Isso não significa afirmar que o capitalista ou qualquer outra pessoa que integre uma sociedade goste de cooperar, ou tenha prazer no processo de cooperação, mas significa afirmar que onde quer que exista sociedade deve necessariamente existir cooperação. Assim, a guerra, em última instância, não é uma forma de cooperação, mas de destruição e desintegração social, sendo óbvio que se o dinheiro é um meio de coordenação social, não existe motivo para que alguém possa ficar espantado com a constatação de que as maiores inflações da história aconteceram durante períodos de guerra.

Do mesmo modo, a idéia de concorrência por vezes utilizada para caracterizar o processo de mercado só tem sentido se tal expressão for compreendida num sentido de cooperação. Com efeito, a concorrência que otimiza o processo de mercado é aquela caracterizada pelo fato dos agentes econômicos procurarem cada vez mais se especializar, a fim de melhorar a qualidade de seus produtos, assim como de criar novas alternativas de consumo.

Aquele que realiza espionagem industrial, por exemplo, não está concorrendo no sentido da ciência econômica, porque não está obtendo os benefícios de outrem por meio do processo de cooperação chamado de divisão do trabalho, mas por meio de uma invasão desautorizada na esfera de liberdade de seu próximo.

A existência de espaços de liberdade garantidos é *conditio sine qua non* do processo de mercado; daí a necessidade das condutas fraudulentas serem punidas, pois violam espaços de atuação dos agentes econômicos previamente definidos.

Quando os agentes sabem anteriormente que tipo de documentos ou instrumentos simbólicos de coordenação social poderão utilizar em suas atividades econômicas, eles podem fazer planos e se organizar de um modo a reduzir substancialmente seus custos de transação, não sendo mera coincidência que os principais meios simbólicos de coordenação como os títulos de crédito e o dinheiro, por exemplo, não tenham sido uma invenção do Estado, mas dos próprios agentes econômicos.

Punir a fraude não se trata meramente de uma questão moral, mas de tornar o processo de mercado eficiente, pois os agentes só utilizarão meios simbólicos de coordenação se tiverem segurança de que estes meios serão utilizados por outros, o que já deve ter ficado claro quando foi falado acerca do principal meio simbólico de coordenação econômico-social que é o dinheiro.

Outrossim, a formação de cartéis na medida em que inviabiliza um dos principais meios de otimização do processo de divisão do trabalho, ou seja, a livre concorrência, deve ser severamente punida, embora seja dever de todo cidadão denunciar a formação de oligopólios jurídicos, ou seja, aqueles que são criados por governos que não respeitam a livre concorrência e, conseqüentemente, não tem legitimidade para utilizar o Direito Penal Econômico.

O conceito de interação humana é fundamental para que possam ser analisados os diversos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal Econômico. De forma geral, dos processos de interação humana podem surgir duas espécies de bens: aqueles que só existem quando são praticados, e aqueles que embora precisem de uma prática para adquirir existência, depois de serem criados passam a possuir autonomia ontológica.

De certa forma, a existência dessas duas espécies de fatos já havia sido constatada por Aristóteles que fez uma distinção entre o fazer e o criar (ARISTÓTELES, 1984, p. 144). Não se pode dizer, todavia, que o grande filósofo tenha elaborado um estudo aprofundado acerca do fazer e do criar coordenado de muitos indivíduos que se organizam com a utilização de meios simbólicos.

De qualquer forma, têm-se relatos que integram algumas formas de manifestação histórico-culturais como a maçonaria que durante a construção do templo do Rei Salomão os diversos “pedreiros” atuavam num processo de divisão do trabalho por meio do uso de meios simbólicos.

A questão, entretanto, é que a atuação humana coordenada com a utilização de meios simbólicos como o dinheiro e o contrato é uma realidade, não existindo outro motivo para o

fato de que os economistas de maior destaque atualmente sejam aqueles que trabalham com a teoria dos “jogos cooperativos” e do “desenho dos mecanismos”.

Destarte, pode-se afirmar que os principais objetos de estudo do Direito Econômico e Penal Econômico são as ações coordenadas dos indivíduos, os meios simbólicos e não simbólicos que possibilitam a existência dos processos de coordenação, assim como os resultados desses processos.

Os processos de coordenação podem ser analisados no nível macro, quando se fala acerca do processo de divisão do trabalho, ou ainda de uma forma setorial quando se fala, por exemplo, no regular funcionamento do mercado de balcão.

As ações dos indivíduos que atuam de forma coordenada podem ser chamadas de ações cooperativas, e o resultado desse processo de coordenação de bens cooperativos. Conforme se afirmou, os bens cooperativos podem ser divididos em duas espécies: aqueles que só existem quando são praticados, e aqueles que embora precisem de uma prática para adquirir existência, depois de serem criados passam a possuir autonomia ontológica.

De forma geral, todos os bens manufaturados, embora precisem de uma prática para adquirir existência, depois de serem “criados” passam a possuir autonomia ontológica. Todavia, a espécie de bens cooperativos cuja análise tem provocado maiores dificuldades para os estudiosos do Direito Penal Econômico é aquela espécie de bens que só existe quando constituída por ações cooperativas, sobretudo, quando estas são coordenadas com o auxílio de meios simbólicos. O regular funcionamento do mercado de futuros ou a credibilidade do sistema financeiro são exemplos dessa espécie de bens cooperativos.

Quando se diz que um bem é constituído por ações cooperativas se quer significar que esse bem só existe no momento em que determinadas ações coordenadas são realizadas, o que significa que a qualidade do bem varia conforme a qualidade dos processos de coordenação que, por sua vez, varia de acordo com a qualidade das ações e dos indivíduos responsáveis por elas.

Um exemplo deixa isso claro. Quando se afirma que determinado sistema financeiro possui credibilidade, não se está a falar de um objeto estático, mas de uma situação que emerge dos comportamentos de cada indivíduo que integra esse sistema, ou seja, a credibilidade depende da manutenção de determinados padrões de comportamento através do tempo, que não frustrem as expectativas.

Trata-se, portanto, de algo constituído a cada dia pelos comportamentos dos agentes que integram o processo. Por outro lado, o bem jurídico credibilidade é algo distinto das expectativas acerca dos comportamentos possíveis dos agentes que integram o sistema, uma

vez que expectativas equivocadas podem ser formadas acerca da credibilidade de um sistema por “déficit informacional.”

A falta de transparência sobre as aplicações em derivativos, por exemplo, levou muitas pessoas a pensar, antes da recente crise econômica, que certas instituições financeiras possuíam credibilidade, quando o contrário era verdadeiro. Nesse sentido, ter credibilidade não pode significar meramente transmitir uma falsa aparência, mas corresponder às expectativas que surgem a partir da aparência, ou seja, trata-se de algo que em última instância é um fato objetivo.

O mesmo ocorre no que tange ao regular funcionamento do mercado de futuros. Quando algum economista aconselha um investidor interessado em investir no mercado *Forex* a recorrer ao mercado de futuros, tem em vista principalmente a segurança obtida a partir das operações padronizadas desse mercado. Em que pese exista uma expectativa por parte do economista acerca da credibilidade desse mercado deve-se ter em mente, por outro lado, que esse aspecto subjetivo surge da verificação objetiva do regular funcionamento do mercado de futuros.

A dinamicidade sempre mencionada quando se estudam os processos de mercado é, portanto, consequência do fato de que bens como o regular funcionamento do mercado de futuros são constituídos a cada dia, sendo inteiramente dependentes das ações constitutivas dos agentes individuais que atuam num processo de coordenação.

Poder-se-ia pensar que nesses casos o Direito Penal não protege bens jurídicos, mas normas, ou que as condutas contrárias à proteção desses bens jurídicos consubstanciam delitos de acumulação.

Todavia, com o devido respeito aos entendimentos contrários, isso é um equívoco, uma vez que o regular funcionamento do mercado de futuros, ou a credibilidade do sistema financeiro são constituídos pelas ações coordenadas de todos os que venham a participar desses setores da vida social.

Assim, conforme se percebe, não existe um bem jurídico chamado credibilidade do sistema financeiro independente de ações individuais coordenadas, ou seja, nesses casos, proteger a vigência da norma significa proteger imediatamente o bem jurídico. Com efeito, se essa espécie de bens cooperativos só existe no momento em que há um fazer humano coordenado, ao impedir que a norma seja violada, não se está a fazer nada mais do que impedindo que o próprio bem jurídico sequer venha a existir.

Não há que se falar, portanto, em delitos de acumulação quando o bem jurídico sequer existe por inexistência das ações constitutivas que lhe dão origem.

A grande dificuldade para a dogmática penal nesses casos surge pelo fato de que esta sempre trabalhou com a dicotomia sujeito-objeto, ou sujeito-bem jurídico, a qual já foi há muito tempo superada. Destarte, é preciso buscar novas ferramentas epistemológicas para trabalhar com aqueles casos em que o bem jurídico não é distinto da ação humana, mas constituído por meio das ações coordenadas de muitos sujeitos que utilizam, principalmente, meios simbólicos e não simbólicos para tornar possível o processo de coordenação, sendo que, no âmbito econômico, os meios simbólicos de maior expressão são o dinheiro e o contrato.

5 CONCLUSÃO

Procedeu-se à diferenciação entre os autênticos bens coletivos e os falsos bens coletivos, no que se constatou que autênticos bens coletivos não podem ser bens econômicos, porque um bem só poderá ser coletivo se inexistir rivalidade em seu consumo, o que só ocorrerá naqueles casos em que um bem existe em maior quantidade do que o necessário para satisfazer as necessidades humanas.

Contudo, foi observado que podem existir direitos coletivos a bens econômicos, tal como acontece no direito ambiental, ou no direito do consumidor, o que, todavia, é algo muito diferente do que afirmar que não existe rivalidade no consumo ou utilização dos bens que sejam objeto desses direitos coletivos.

Por todo o exposto, observou-se que o Direito Penal Econômico possui especificidades próprias não no sentido de tutelar direitos coletivos, mas bens cooperativos, ou seja, aqueles que sejam resultantes de ações individuais coordenadas, assim como os meios que tornam possível a existência dos processos de cooperação.

Enfim, dentre a classe dos bens cooperativos foi destacada aquela espécie de bens que só existe quando constituída por ações cooperativas, sobretudo, quando estas são coordenadas com o auxílio de meios simbólicos. Como exemplos dessa espécie de bens foram oferecidos o regular funcionamento do mercado de futuros e a credibilidade do sistema financeiro, constatando-se que, nesses casos, proteger a norma significa proteger o bem jurídico de forma imediata.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Victor Civita, 1984.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da Modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 49, julho/agosto 2004. p. 89-136.

GREENE, Joshua. **From the neural “is” to the moral “ought”**: what are the moral implications of neuroscientific moral psychology? In: *Nature Neuroscience Reviews*, v. 4, 847-850.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

KEYNES, John Maynard. **The General Theory of Employment, Interest, and Money**. Adelaide: The University of Adelaide Library Electronic Texts Collection, 2003. Disponível em: < http://ebooks.adelaide.edu.au/k/keynes/john_maynard/k44g/chapter17.html >. Acesso em: 29 jan. 2010.

MENGER, Carl. **Principles of economics**. New York: University Press, 1981.

MISES, Von. **Teoria da ação humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 775, maio 2000. p. 433-448.

RUSSEL, Bertrand. **Introdução à Filosofia da matemática**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

SIR ROBERTSON, Dennis. **Manuais de Economia de Cambridge**: A moeda. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1963.

CONCERNING THE DISTINCTION BETWEEN AUTHENTIC AND INAUTHENTIC COLLECTIVE LEGAL BELONGINGS FOR THE ECONOMIC CRIMINAL LAW

ABSTRACT

This article's set the distinction between authentic and inauthentic collective legal belongings, in order to highlight the fact that genuine collective belongings are the economic ones, observing, therefore, that the Economic Penal Law does not have any specificities about the protection of collective belongings, but protects the common/cooperative ones, and also the means that make possible the existence of the cooperation process. Examples of common/cooperative property are the regular functioning of the futures market and the credibility of the financial system.

Keywords: Collective belongings. Economic Criminal Law. Risk Society.